

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
KARINNE TOSCANO BRASIL

DEMOCRACIA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA: ADI 4815
SOB A ÓTICA DAS TEORIAS ALEMÃES DE KONRAD HESSE E PETER
HÄBERLE

São Paulo
2018

KARINNE TOSCANO BRASIL

**DEMOCRACIA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA: ADI 4815
SOB A ÓTICA DAS TEORIAS ALEMÃES DE KONRAD HESSE E PETER
HÄBERLE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial à obtenção de grau
de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Antônio Ernani Pedroso Calhão

São Paulo
2018

KARINNE TOSCANO BRASIL

**DEMOCRACIA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA: ADI 4815 SOB A
ÓTICA DAS TEORIAS ALEMÃES DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovação em ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Ernani Pedroso Calhã
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof.(a) convidado(a)

Prof.(a) convidado(a)

RESUMO

Este trabalho versa sobre o impacto das teorias alemãs de Konrad Hesse e Peter Häberle no amadurecimento da Democracia brasileira. Essas teorias pertencem ao constitucionalismo contemporâneo. Para analisar este impacto, foi utilizado o notório *hard case* brasileiro sobre biografias não autorizadas. O caso tratou sobre a necessidade de autorização prévia do biografado (ou de sua família, se já for falecido) para a publicação de biografias. Para isso, foram estudadas técnicas hermenêuticas, assim como ideias sugeridas por especialistas durante uma audiência pública sobre o caso. Antes disso, entretanto, foi levantada ampla análise histórica para compreender a necessidade do surgimento de novos métodos para interpretar a Constituição alemã, assim como para comparar a Constituição alemã atual com a Constituição brasileira. Após breve retrospectiva da história constitucional do Brasil, constatou-se que ambas as constituições são semelhantes. As duas gostariam de instituir a social-democracia, por exemplo. A necessidade de amadurecer a Democracia brasileira foi levantada, assim como a adequação em seguir teorias alemãs. O motivo principal seria que a Alemanha atualmente se encontra em uma Democracia estável. No fim, este trabalho concluiu que as teorias de Konrad Hesse e Peter Häberle ajudaram, ajudam e poderão ajudar mais ainda neste processo de amadurecer a Democracia do Brasil.

Palavras-chave:

Hermenêutica Constitucional. Constitucionalismo contemporâneo. ADI 4815. Biografias não autorizadas. Ponderação de Direitos Fundamentais. Privacidade. Liberdade de expressão. Democracia de transição.

ABSTRACT

This paper discusses the impact of Konrad Hesse's and Peter Häberle's German theories on the development of Brazilian democracy. These theories belong to the contemporary constitutionalism. In order to analyze such impact, the notorious Brazilian hard case regarding unauthorized biographies (ADI 4815) was used. It discussed whether a biographer needs previous consent from the biography subject (or their family, in case they're deceased) to publish biographies. To do so, hermeneutical techniques were studied, as well as some ideas given by experts during a public hearing regarding the case. Before that, though, a broad historical analysis was brought up to understand why new methods to interpret the German Constitution were born, as well as to compare the current German Constitution to the Brazilian one. After briefly looking at Brazil's constitutional history, it was found out that both constitutions are actually quite similar. Both of them would like to establish social democracy, for instance. The need to develop Brazilian's democracy was brought up, as well as the suitability of using German theories to do so. The main reason is that Germany currently sustains a steady democracy. In the end, this paper came to conclude that Konrad Hesse's and Peter Häberle's theories did help, still help and can help even more the process of developing Brazil's democracy.

Keywords: Constitutional Hermeneutics. Contemporary constitutionalism. ADI 4815. Unauthorized biographies. Balance of Fundamental Rights. Privacy. Freedom of speech. Transitional democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O QUE É HERMENÊUTICA?	10
1.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA: FERRAMENTA PARA INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO.....	11
1.2 OS MÉTODOS CLÁSSICOS SISTEMATIZADOS POR SAVIGNY.....	13
1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CLÁSSICA E UMA BREVE INTRODUÇÃO À PROPOSTA DO MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR (SOB A ÓTICA DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE).....	16
2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A VANGUARDA ALEMÃ DO SÉCULO XX	19
2.1 HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA CONSTITUCIONAL ALEMÃ DE KONRAD HESSE COMO HARMONIZADORA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS, DA TÓPICA E DA TEORIA INTEGRATIVA.....	22
2.2 INFLUÊNCIA DOS ALEMÃES QUANTO À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS JULGAMENTOS DO STF. RAZÕES PELO PRISMA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	24
3 ADI 4815: POR QUE DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, COM EFEITO VINCULANTE, DE UMA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL?	27
3.1 COMO A PONDERAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO AFETA A FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E, CONSEQUENTEMENTE, O FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA.....	30
4 IMPACTO DAS TEORIAS DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE NO AMADURECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA	35
4.1 KONRAD HESSE: IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DEMOCRACIA, MENÇÕES NA ADI 4815 E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	38

4.1.1	Interpretação conforme à Constituição	44
4.1.2	Privacidade, conceito indeterminado. Mutação constitucional?	46
4.2	PETER HÄBERLE: A TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO	51
4.2.1	Efetivação do pluralismo através da audiência pública sobre biografias não autorizadas (sob a ótica de Peter Häberle)	53
4.2.2	Biografias e interpretação constitucional: por que promover a cultura? A Constituição como depósito cultural	58
5	OLHANDO PARA O FUTURO: ADI 4815 E DIREITO AO ESQUECIMENTO (RE 1.010.606). É POSSÍVEL ESTABELEECER UMA LINHA DE RACIOCÍNIO PRÓPRIA DO STF QUANTO À PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE?	61
	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Este trabalho explora o seguinte *tema*: o impacto das teorias de Konrad Hesse e Peter Häberle no amadurecimento da Democracia brasileira. O ponto de referência para analisar tal impacto é a ADI 4815, que tratou sobre a necessidade de autorização prévia do biografado (ou de sua família, se já for falecido) para a publicação de biografias.

A opção por dois teóricos específicos foi feita com a intenção de recortar o número de pontos de vista inerentes ao momento atual do pós-positivismo. Sem os devidos cuidados, a pluralidade de pensamentos tem o potencial de tornar o texto confuso, sem clareza de raciocínio.

Konrad Hesse e Peter Häberle foram escolhidos em conjunto por serem da mesma linha teórica, a Hermenêutica Concretizadora. Este método de interpretação visa concretizar os mandamentos constitucionais. Tornar a Constituição “concreta” significa efetivá-la na realidade social vigente.

Durante este trabalho serão analisadas as contribuições de Hesse pelo critério da força normativa da Constituição (base de todo o seu pensamento), que será explicado sucintamente no capítulo 1 (seção secundária 1.3) e em mais detalhes no capítulo 4 (seção secundária 4.1). Serão, ainda, objetos de análise o método da interpretação conforme à Constituição (seção terciária 4.1.1) e o fenômeno da mutação constitucional (seção terciária 4.1.2).

Será essencial, da mesma forma, analisar as contribuições de Häberle. Este autor, que se autodenomina “filho teórico” de Konrad Hesse, teorizou uma forma de efetivar as propostas concretizadoras de seu “pai teórico” mediante a efetivação do pluralismo no âmbito da interpretação constitucional. A tese conhecida como “teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” será explorada brevemente no capítulo 1 (seção secundária 1.3) e detalhadamente no capítulo 4 (seção secundária 4.2). Será analisada, da mesma forma, a efetividade desta teoria usando como ponto de referência a audiência pública sobre biografias não autorizadas ocorrida em 21/11/2013 (seção terciária 4.2.1), assim como a importância da mesma teoria para o futuro da Democracia brasileira sob a ótica da promoção cultural (seção terciária 4.2.2).

No Acórdão da ADI, a Ministra Cármen Lúcia declarou estar utilizando teorias do constitucionalismo contemporâneo. Citou, ainda, casos concretos tratados pelas

Cortes Constitucionais Europeias para fundamentar sua decisão em favor da liberdade de expressão.

Considerando que Konrad Hesse e Peter Häberle são teóricos de tendência contemporânea e, ao mesmo tempo, alemães, percebe-se o potencial de suas teorias em influenciar os julgamentos do STF em relação a Direitos Fundamentais, Democracia e interpretação Constitucional.

Com isto posto, levanta-se o seguinte *problema de pesquisa*: *É possível afirmar, usando como base o julgamento da ADI 4815, que as teorias de Hesse e Häberle ajudaram, ajudam e ainda poderão ajudar no amadurecimento da Democracia brasileira?*

Um dos *objetivos* do trabalho é confirmar (ou refutar) esta pergunta. Para isso, pretende-se:

Explorar o conceito de Hermenêutica e comparar a Hermenêutica clássica com a nova (capítulo 1).

Analisar de que forma a Hermenêutica Concretizadora foi influenciada por alguns métodos de interpretação, principalmente os da Nova Hermenêutica Constitucional (capítulo 2, seção secundária 2.1).

Comparar a atual Constituição alemã com a do Brasil para analisar se é possível a Nova Hermenêutica Constitucional alemã contribuir para o amadurecimento da Democracia brasileira (capítulo 2 e capítulo 2, seção secundária 2.2).

Explorar a relação entre ponderação de princípios e Democracia. Além disso, procura-se estabelecer como esta ponderação afeta a formação da opinião pública (capítulo 3).

Por fim, pretende-se sistematizar as teorias de Hesse e Häberle de forma que seja possível explorar o impacto destas na ponderação entre privacidade e liberdade de expressão, com ênfase na ADI 4815 (capítulo 4).

Levanta-se a questão da relevância do *tema*: o julgamento da ADI 4815 é recente. Sendo de 2015, necessita de mais exploração. Além disso, está presente na lista “Casos Notórios” do serviço Pesquisas Prontas do STF. Teve como precedente a ADPF 130, que, além de constar em “Casos Notórios”, aparece na lista “Temas Relevantes”, também do próprio STF (Resolução 474/11). Além disso, o Recurso Extraordinário (RE) 1010606, sobre o Direito ao Esquecimento na esfera civil, retomou a discussão sobre a ponderação entre privacidade e liberdade de

expressão. Já houve audiência pública em 12/6/17, porém o caso ainda está pendente de julgamento.

Pergunta-se, como consequência, a seguinte *questão subsidiária*: *Há uma linha de raciocínio própria do STF quanto à ponderação entre liberdade de expressão e privacidade, usando como referência a ADI 4815 e o RE 1010606?*

Responder esta pergunta é o *outro objetivo* do trabalho além de responder o problema de pesquisa. Para isso, pretende-se estabelecer uma linha de raciocínio própria do STF quanto à ponderação entre privacidade e liberdade de expressão, usando a ADI 4815 e o RE 1010606 (capítulo 5).

Foram adotados os seguintes *métodos* durante a pesquisa: direito comparado, análise normativa, análise doutrinária e análise de casos.

O método do direito comparado aparecerá em grande parte da pesquisa. A comparação entre Alemanha e Brasil será vista durante o uso dos outros métodos.

O método de análise normativa irá confrontar artigos da Constituição alemã com artigos da Constituição brasileira. Além disso, princípios da Constituição Federal de 1988 serão confrontados com os arts. 20 e 21 do Código Civil.

O método de análise doutrinária irá explorar as teorias de Hesse e Häberle quanto aos seguintes assuntos mediante livros, artigos científicos e notícias: Democracia, Direitos Fundamentais, liberdade de expressão, privacidade, pluralismo, debates e opinião pública. Tal análise será usada para explorar o impacto destas teorias na ponderação entre privacidade e liberdade de expressão durante a análise de caso da ADI 4815. Além disso, serão utilizadas bibliografias de outros autores com a intenção de esclarecer outros pontos.

O método de análise de casos envolverá, além do caso principal (ADI 4815), outros casos julgados pelo STF. Serão, ainda, utilizados casos julgados por outros tribunais.

Outros casos mencionados: ADPF 130 (precedente da ADI 4815), ADPF 153 (anistia como marco da transição democrática), caso Roberto Carlos (julgado no TJ-RJ), caso Guimarães Rosa (julgado no TJ-RJ), RE 1010606 (decisão futura envolvendo privacidade e liberdade de expressão).

1 O QUE É HERMENÊUTICA?

Peter Häberle¹ menciona a Hermenêutica em seus trabalhos, assim como Konrad Hesse.² Ambos são teóricos pertencentes ao constitucionalismo contemporâneo, contexto em que se insere o método hermenêutico-concretizador estudado neste trabalho.

Em definição sucinta³, “teoria” é o repertório de “modos de ver”, enquanto “método” (ou metodologia) é o repertório de “modos de fazer” (BARROS, 2018, p. 8).

Mas e quanto à Hermenêutica? O que significa esta palavra, afinal?

Hermenêutica é um termo impreciso. Um motivo relevante para isso é o apontado por Marcelo Mazotti: durante o desenvolvimento das escolas hermenêuticas, cada uma conceituou o vocábulo de forma diferente (2010, p. 9).⁴

A ligação com o divino e o desconhecido são elementos interessantes para auxiliar a definição, pois as origens da Hermenêutica remontam aos estudos de interpretação bíblica. Naquela época havia dúvidas se a bíblia deveria ser interpretada de modo literal, moral, alegórico ou místico (BARROSO, 2017, p. 307).⁵ Não surpreendentemente sua presença é notável na Teologia, apesar de também ser usada com frequência na Filosofia, na Literatura e no Direito.

Uma tentativa de revelar seu significado e, ao mesmo tempo, considerar o aspecto místico, é evidenciar as origens da palavra, que remetem à mitologia grega. O verbo *hermeneuein* significa interpretar, e o substantivo *hermeneia* é traduzido por interpretação. Ambos os vocábulos remetem a Hermes, o deus mediador grego que deveria trazer a mensagem dos deuses para os homens. Como os humanos não

¹ A palavra “hermenêutica” aparece, por exemplo, no título da seguinte obra: *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. (HÄBERLE, Peter. Tradução de Gilberto Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997).

² No rodapé 21 da página 109 há menção à palavra “hermenêutica”. (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca])

³ Segundo José D' Assunção Barros: “Qualquer campo disciplinar necessariamente apresenta uma dimensão teórica - uma instância na qual começam a se constituir e a se consolidar os conceitos que serão operacionalizados no campo do saber [...]”. (BARROS, José D' Assunção. *A Construção da Teoria nas Ciências Humanas*, 1ª edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018).

⁴ MAZOTTI, Marcelo. *As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei*. Manole, 01/2010 [Minha Biblioteca].

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017 [Minha Biblioteca].

entendiam a linguagem dos deuses, Hermes deveria interpretá-la antes (SOARES, 2017, p. 17-18).⁶

Apesar de vários autores entenderem que Hermenêutica é sinônimo de interpretação por ter nascido com a intenção de clarificar os textos bíblicos (MAZOTTI, p. 8-9), atualmente observa-se a tendência de defini-la, no campo do Direito, como ciência que estuda e sistematiza os métodos interpretativos. No Brasil, isso se deve à influência exercida pelo clássico⁷ brasileiro Carlos Maximiliano sobre os juristas.

Para este autor, “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2017, p. 2).⁸

Alguns autores a seguem na intenção de sistematizar a grande quantidade de métodos que foram se formando ao longo do tempo (MAZOTTI, 2010, p. 9). Barroso, inclusive, conceitua Hermenêutica de forma semelhante: “A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito.” (2017, p. 307).

Entretanto, a existência ou não da distinção entre interpretação e Hermenêutica é desnecessária para compreender o pensamento hermenêutico. Tal dúvida costuma ser reservada apenas a debates acadêmicos (AMARAL, 2004, p. 67-68).⁹ Trata-se, portanto, de caso em que as contribuições teóricas são mais relevantes do que a exatidão do seu conceito. Como consequência, a falta de conceito preciso não prejudica a análise das teorias e nem o uso dos métodos.

Enfim, talvez a riqueza da Hermenêutica esteja na indefinição. Talvez desta forma ela seja sempre reinventada.

1.1 HERMENÊUTICA JURÍDICA: FERRAMENTA PARA INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO

⁶ SOARES, Ricardo Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*, 3ª edição. Editora Saraiva, 2017 [Minha Biblioteca].

⁷ Peter Häberle comentou sobre a importância dos clássicos: “Se uma comunidade respalda um clássico, há consenso generalizado acerca dele: clássicos são, em outras palavras, perífrases de consensos no âmbito de uma comunidade, de determinado subsistema de (ou com) determinada subcultura. São, portanto, as simbolizações personalizadas para a respectiva comunhão dos consensos fundamentais e relevantes.” (HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90).

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁹ AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

Retomando o uso dos mitos gregos, Hermes seria, no mundo do Direito, o mediador entre a lei (Deuses) e o caso concreto (humanos). Sua função seria tornar a lei compreensível quando confrontada com o caso concreto.

Aí está a chave para entender o que é a Hermenêutica Jurídica. Os Deuses nem sempre são a letra da lei. A palavra “lei”, atualmente, pode abranger tudo o que envolve as expressões do Direito. Maximiliano descreve tais expressões como sendo os fenômenos jurídicos em geral (2017, p. 16). Inclui, exemplificando, as leis positivadas, as normas jurídicas, os julgados e a jurisprudência.¹⁰

A adequação das expressões do Direito ao caso concreto, entretanto, não é completamente livre. A interpretação das normas é limitada por ideologias ou restrições legais (MAZOTTI, 2010, p. 47), impondo limites ao uso dos métodos interpretativos elaborados pela doutrina. Tais limites visam conservar a tecnicidade jurídica.

Um limite conhecido está na dicotomia entre vontade da lei e vontade do legislador se for usado como referência o texto da lei. Quando o texto da lei é interpretado, o que deve prevalecer? A vontade de quem elaborou a lei, devendo o intérprete resgatar suas intenções? Ou deve prevalecer a vontade da lei, do texto como ente independente? Quanto à tradição romano-germânica, o que engloba o Brasil, a tendência é dar mais importância para a vontade da lei. Segundo Barroso (2017, p. 331): “[...] Na tradição romano-germânica os trabalhos legislativos e a intenção do legislador – conteúdos primários da interpretação histórica –, sem serem irrelevantes, não são, todavia, decisivos na fixação de sentido das normas jurídicas.”

Conforme será visto adiante, há escolas que advogam por mais limites à interpretação, enquanto outras entendem ser essencial fazer justamente o contrário. Outras, ainda, buscam conciliar ambas as visões. Apesar das divergências teóricas,

¹⁰ Vide contribuições da Teoria Crítica do Direito. Conforme explica Barroso: “Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. (...) A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca], p. 267).

é evidente o objetivo de todas: elaborar a decisão mais justa o possível.¹¹ Para alcançar a justiça, entretanto, não basta interpretar o Direito. É necessário aplicá-lo, fazê-lo funcionar fora do plano teórico e inserido no plano prático. Em qual momento isto é feito?

Há um contraste entre a visão clássica de aplicação do Direito e a visão moderna. Carlos Maximiliano é partidário da visão clássica e entende que a aplicação é uma atividade pós-interpretativa (MAXIMILIANO, 2017, p. 6). Já a visão moderna entende que aplicação e interpretação ocorrem em um mesmo momento.

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. [...] A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o produto da interpretação, e não como seu objeto, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo (BARROSO, 2017, p. 307).

Tal é o entendimento do método hermenêutico-concretizador, como pode ser extraído da icônica frase de Konrad Hesse (2009, p. 108): "a interpretação constitucional é "concretização"".

Resta a dúvida: Como é aplicado o Direito? Como a corrente clássica resolveu o dilema de interpretar o Direito de forma que sua posterior aplicação seja justa e, ainda assim, conserve a tecnicidade jurídica?

A Hermenêutica clássica tentou resolver o problema usando métodos de interpretação pré-estabelecidos. No presente trabalho será feita uma breve apresentação destes a fim de contrastá-los com os novos. Serão adotados os métodos sistematizados por Savigny como ponto de ancoragem para comparar a Hermenêutica velha com a nova.

1.2 OS MÉTODOS CLÁSSICOS SISTEMATIZADOS POR SAVIGNY

¹¹ Ver o seguinte trecho da apresentação do livro de Mazotti: "Para alguns, o Direito é uma ciência neutra, imparcial e até mesmo matemática, na qual impera o falso argumento de que "a lei é a lei", e o texto legislativo deve ser automaticamente aplicado. O comando é simples, direto e não aceita questionamentos. Outros preferem pensar o Direito como "o domínio do justo", sustentando a existência de um elo inquebrantável entre a moral e a legislação positivada. Para essa concepção, em certa medida ingênua e romântica, uma determinada interpretação da lei é sempre correta quando o sentido alcançado é justo; pois a justiça é o valor maior do Direito, devendo prevalecer em toda situação." (MAZOTTI, Marcelo. *As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei*. Manole, 01/2010 [Minha Biblioteca]).

Os métodos de Savigny surgiram após a Revolução Francesa, quando o positivismo e o liberalismo passaram a reinar. Conforme explica Barroso (p. 51, 2017):

[...] foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista em liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa.

A ideia era fortalecer o aspecto técnico do Direito para evitar a volta das decisões abusivas do absolutismo e, assim, garantir o triunfo dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

De fato, se os juízes frequentemente ainda empregam métodos de interpretação de forma acidental, isto é, sem dar uma explicação racional para suas decisões¹² (MAZOTTI, 2010, p. 45), o que seria do Direito sem os métodos? A interpretação jurídica e a aplicação do Direito provavelmente seriam atividades arbitrárias. Os métodos são uma tentativa de padronizar o raciocínio dos operadores do Direito com a intenção de conservar a segurança jurídica. O hermeneuta poderia até usar métodos inconscientemente ou elaborar formas de interpretação para uso próprio¹³, entretanto o Direito não funcionaria com o necessário rigor técnico.

Qual seriam, porém, os métodos ideais? Já que há infinitas formas de sistematizar os métodos de interpretação, a solução da doutrina na época foi estabelecer três métodos padrões, e posteriormente mais um¹⁴. Apesar de terem

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&url=&txtPesquisaLivre=Falta%20de%20fundamenta%C3%A7%C3%A3o>> (Acesso em 26/3/18, às 17:04).

No dia e horário mencionados, a pesquisa retornou 1658 acórdãos mencionando a falta de fundamentação nas decisões judiciais. Não foi verificado o índice de aceitação pelo STF desta alegação, porém tal dado pode indicar falta de confiança das partes em relação ao raciocínio empregado pelos juízes.

¹³ De fato, Savigny menciona na introdução do livro *Metodologia Jurídica* que “se considerarmos, por exemplo, a carreira científica de um jurista, conheceremos o seu método e, por conseguinte, um método possível”. Isso confirma a suspeita de que, na falta de métodos sistematizados, os juízes fariam seus próprios métodos. (SAVIGNY, Friedrich Karl von, 1779-1861. *Metodologia jurídica / Friedrich Karl von Savigny*; tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A- M. Caletti Marengo; adequação lingüística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. - Campinas, SP : Edicamp, 2001).

¹⁴ Peter Häberle, atualmente, defende a canonização de um quinto método: o direito comparado. “Penso que, desde 1989, a época já está madura para um *quinto método de interpretação*, a saber, o direito comparado (grifo do autor)” (VALADÉS, Diego (org.). *Série IDP - Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 10).

sido sistematizados em 1840, se tornaram os cânones da Hermenêutica e são utilizados até os dias atuais para casos fáceis (BARROSO, p. 316).

No livro *Metodologia Jurídica*¹⁵ (SAVIGNY, 2001)¹⁶ foram descritos os quatro métodos: filológico (p. 8-15), histórico (p. 28-33), sistemático (p. 34-40) e lógico (p. 9).

O uso prescrito por Savigny envolveria reconhecer a interpretação como resultado da interação de três desses elementos¹⁷ (lógico filológico e histórico). O elemento sistemático seria necessário para verificar a coerência da interpretação com todo o sistema jurídico, com os princípios do Direito (p. 36-37).

Uma breve explicação sobre os elementos lógico, gramatical e sistemático encontra-se abaixo.

O elemento lógico não foi muito desenvolvido no livro em análise. Consiste “na apresentação do conteúdo da lei em sua origem, o que representa a relação das partes entre si” (p. 9). Ou seja, a lei deve ser vista como um todo, como a soma de suas partes e as relações entre elas. Tal fato exige a compreensão das normas de linguagem.

A parte da interpretação em que a linguagem e o sentido das palavras é individualmente explorado é o elemento filológico, também conhecido como gramatical ou literal. Inclui, ainda, investigações sobre a obscuridade dos termos e como clarificá-los.

Já o elemento histórico foi o mais explorado pela doutrina de Savigny¹⁸. Esta parte da interpretação defende que a vontade do legislador se sobrepõe à vontade da lei (p. 10). O intérprete deveria fazer o esforço de considerar a época histórica em que a lei foi concebida e olhá-la a partir do ponto de vista de seu elaborador.

Qual, porém, era a situação da interpretação constitucional nesse contexto?

¹⁵ A primeira publicação data de 1951. O título original em alemão é *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von, 1779-1861. *Metodologia jurídica / Friedrich Karl von Savigny*; tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A. M. Caletti Marengo; adequação lingüística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. - Campinas, SP : Edicamp, 2001.

¹⁷ É importante destacar que o autor não considerava tais termos como sendo métodos propriamente ditos. Os chamava de elaborações, elementos ou técnicas de interpretação, e entendia que o fato de considerá-los “classes de interpretação” era um erro. Tal distinção é explicável devido a desses elementos não serem formas de interpretar isolados. Ou seja, não devem ser usados alternativamente, e sim em conjunto.

¹⁸ A Escola Histórica do Direito, inclusive, nasceu das teorias do autor segundo Mazotti (MAZOTTI, Marcelo. *As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei*. Manole, 01/2010, [Minha Biblioteca], p. 50; 68-72).

Como a Constituição era interpretada durante a hegemonia dos métodos clássicos?

1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL CLÁSSICA E UMA BREVE INTRODUÇÃO À PROPOSTA DO MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR (SOB A ÓTICA DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE)

Na Hermenêutica clássica, houve importação dos métodos de Savigny, adequados para o direito privado, para o direito público. Ou seja, não havia distinção entre métodos de interpretação constitucional e métodos aplicáveis ao direito em geral (BONAVIDES, 2015, p. 475).¹⁹

A Constituição, nos países europeus (que influenciavam quase todos os países do mundo na época), era vista apenas como um documento político cuja função seria guiar os legisladores. Não havia sanção, portanto, para o desobedecimento dos dispositivos constitucionais (BARROSO, 2017, p. 112). Conforme descrito por Konrad Hesse²⁰ (2009, p. 123-124),

Questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas, sim, questões políticas. [...] É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na prática política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas e que a normatividade submete-se à realidade fática.

Atualmente a Constituição não é mais vista da forma descrita anteriormente. Várias teorias foram criadas para mudar a compreensão do funcionamento da Constituição, bem como sua finalidade. Uma delas foi a Hermenêutica concretizadora.

O método hermenêutico-concretizador procura a solução mais adequada ao caso concreto, *desde que* passe pelo crivo da Constituição e considere a realidade social vigente. Invoca e trabalha junto com vários princípios, tendo estreita relação com os Direitos Fundamentais e com a Democracia.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015

²⁰ Konrad Hesse, ao criticar os fatores reais de poder de Lassale (de 1862), lembrou da afirmação de que as questões constitucionais são essencialmente políticas por conterem as relações de poder presentes em um país: poder militar, poder social, poder econômico poder intelectual e a cultura geral. Esses seriam os fatores reais de poder. Tais fatores se sobrepõem à Constituição escrita, que seria apenas um pedaço de papel.

A força normativa da Constituição²¹, teorizada por Konrad Hesse, é considerada a base da Hermenêutica concretizadora.²² Posteriormente, no capítulo 4, será analisada sua influência na interpretação conforme à Constituição, na mutação constitucional (após receberem as contribuições da Hermenêutica concretizadora)²³ e na teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle. Além disso, no mesmo capítulo, tais conceitos serão aprofundados durante a análise de como eles influenciaram diversas passagens da ADI 4815.

No momento, importa fazer uma apresentação introdutória dos termos supramencionados.

A força normativa da Constituição é pautada no equilíbrio: propõe que o intérprete balanceie adequadamente a realidade social e a norma. A Constituição deve englobar tanto o ser quanto o dever ser. O ser é a realidade social, enquanto o dever ser é o que ela pretende modificar nesta realidade. Essa é a pretensão de eficácia da Constituição, que é essencial para sua força normativa: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” (HESSE, 2009, p. 130).

A interpretação conforme à Constituição se preocupa em manter a unidade do ordenamento jurídico, sendo que tal unidade é preservada pela conformação e respeito à Constituição. Sua necessidade decorre da possibilidade da norma infraconstitucional ter interpretações inconstitucionais. Para isso, verifica se é possível conservar a norma quando há, pelo menos, uma interpretação compatível com a Constituição (HESSE, 2009, p. 118).

A mutação constitucional aponta a existência de conceitos presentes nas normas constitucionais que, devido a mudanças na realidade social, devem ser interpretados de forma diferente da habitual. Trata-se de caso que, diferentemente da reforma constitucional, não envolve alteração de texto. O intérprete deve levar isso em conta se quiser conservar a força normativa da Constituição (HESSE, 2009, p. 151 a 153).

²¹ A força normativa da Constituição, mencionada numa aula inaugural em 1959, foi teorizada devido à crítica contra os fatores reais de poder de Lassale.

²² Informação extraída da apresentação feita por Gilmar Ferreira Mendes para o livro “Temas Fundamentais do Direito Constitucional”. (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca]).

²³ A hermenêutica concretizadora não foi a primeira a teorizar sobre a interpretação conforme à Constituição e a mutação constitucional, porém deixou valiosas contribuições a estes conceitos (para mais informações, ver capítulo 4, seções terciárias 4.1.1 e 4.1.2).

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Peter Häberle, inova ao valorizar a efetivação do pluralismo e sua importância para a Democracia. Isso teve suma importância no incentivo do uso de audiências públicas e *amicus curiae* nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil (SOUZA, 2016, p. 43).²⁴ A efetividade da Constituição, para esta teoria, depende da participação popular, que dá ao judiciário condições de compreender a realidade social. Os intérpretes em sentido amplo estabelecem interpretações antecipadas sobre a norma, que devem ser posteriormente filtradas pelos juízes (HÄBERLE, 1997, p. 13-15 e 24).

Essas inovações levam a uma pergunta: o que incentivou o surgimento do método hermenêutico-concretizador e das outras teorias da Nova Hermenêutica Constitucional?

Com a intenção de conservar a segurança jurídica, Savigny alimentou a inércia por parte dos juristas. Eles ficaram presos na ideia de consenso dos clássicos.²⁵

O falso consenso do político com o social, a manutenção do status quo foi o que deu origem aos desdobramentos teóricos posteriores, que passaram a valorizar o lado material das Constituições sobre o formal (BONAVIDES, 2010, p. 478).²⁶ A ênfase na liberdade individual não conseguia garantir a equidade. Todos eram tratados da mesma forma conforme os ideais de igualdade, porém alguns necessitavam de mais proteção que outros. Como resolver tal dilema? A resposta tem estreita relação com os fatos descritos a seguir.

²⁴ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22), p. 43.

²⁵ Relembrando Peter Häberle: “Se uma comunidade respalda um clássico, há consenso generalizado acerca dele: clássicos são, em outras palavras, perífrases de consensos no âmbito de uma comunidade, de determinado subsistema de (ou com) determinada subcultura. São, portanto, as simbolizações personalizadas para a respectiva comunhão dos consensos fundamentais e relevantes.” (HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 90).

²⁶ No mesmo sentido: “Quando os fins do sistema, por obra da mudança social, entraram porém em contradição com a norma constitucional, a Constituição estava fadada a desintegrar-se juridicamente. A pressão de fatores políticos e sociais que marginam a Constituição ou nela se inserem avassaladoramente, acabam por dissolver-lhe toda a estrutura técnico-jurídica sobre a qual se apoiava os intérpretes clássicos.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017, [Minha Biblioteca], p. 477).

2 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A VANGUARDA ALEMÃ DO SÉCULO XX

Dois eventos históricos de grande porte criaram o terreno necessário para nascer a Nova Hermenêutica Constitucional.

O primeiro propulsor foi o final da Primeira Guerra Mundial. Com a necessidade de levar em conta a esfera social devido à pobreza²⁷ durante a República de Weimar, alguns doutrinadores passaram a ser opor à dupla positivismo-liberalismo. O fato de alguns necessitarem de mais proteção do que os outros se tornava cada vez mais evidente. O material passa a se sobrepôr ao formal.²⁸

A Constituição desta república, a Constituição de Weimar, foi elaborada em um contexto de fortes conflitos políticos. Em vez de abafar as divergências, apresentou a peculiaridade de ter incluído em seu texto as tendências políticas contrárias. Isso se deve à influência do partido social democrata: "O SPD, partido social-democrata, possuía maioria na assembleia, mas não maioria absoluta, sofrendo a pressão dos partidos mais radicais e da mobilização das ruas" (BARROSO, 2017, p. 60).

Nessa época aparecem os constituintes de Weimar, doutrinadores cujo esforço teórico se volta a buscar novas formas de interpretar a Constituição que fossem compatíveis com a realidade político-social vigente.

Entre os constituintes de Weimar, Rudolf Smend merece destaque por sua teoria ter servido de ponto de partida a todos que vieram a contestar os métodos de interpretação tradicionais (BONAVIDES, 2015, p. 658), além de ter sido orientador de Konrad Hesse durante a graduação. Sua teoria integrativa, publicada em 1928 (BONAVIDES, 2015, p. 181), chamou a atenção para os Direitos Sociais.

²⁷ Os alemães estavam passando por um período de hiperinflação. 1 kg de pão que custava cerca de 80 bilhões de marcos (SILVA, Guilherme Campos da. *Conflitos de identidades na República de Weimar*). Disponível em:

<http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276622915_ARQUIVO_TextoAnpuh.pdf>. (Acesso em 14/03/2018, às 17:43)). Para efeitos de comparação, tal valor iria equivaler, atualmente, a aproximadamente 16 milhões de reais. Conversor de marcos para reais disponível em <https://pt.coinmill.com/BRL_DEM.html#BRL=16392502486.13> (Acesso em 14/03/2018, às 17:48). (COINMILL.COM - O CONVERSOR DA MOEDA CORRENTE).

²⁸ Teoria Material da Constituição é sinônimo de Nova Hermenêutica Constitucional. Isso evidencia a extrema importância dada ao lado material pela nova hermenêutica. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 613).

Na teoria integrativa, a realidade social é colocada em evidência. Carregada de certo misticismo, Smend vê uma simbiose entre a realidade social e o Estado, em que “a Constituição seria a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida no Estado” (SOUZA, 2016, p. 39).

Interessante é o comentário feito por Souza (2016, p. 39) sobre como a ideia de mudança constitucional era vista por Smend:

“Smend, à sua maneira, examina a forma como as Constituições mudam ou tendem a mudar, em conformidade com sua real capacidade integrativa, por intermédio de fatores metaconstitucionais (como, por exemplo, aqueles que são observados na atividade estatal do Poder Executivo, ou em editoriais publicados nos meios de comunicação de massas)”.

A Constituição era, ainda, considerada um sistema de valores, o que ajudou a mudar a forma como os Direitos Fundamentais eram compreendidos na época:

Os direitos fundamentais já não são concebidos à maneira individualista e liberal, como direitos de resistência ou oposição ao Estado, mas segundo os fins gerais integrativos da Constituição. A Constituição é politizada (BONAVIDES, 2015, p. 182).

A curta vigência da Constituição de Weimar (1919-1933)²⁹ e a ascensão do governo de Hitler, entretanto, atestaram a impossibilidade alemã de estabilizar a Democracia naquele momento politicamente conturbado.

O segundo propulsor para o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional foi o final da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha pós-nazismo. Os horrores da guerra sensibilizaram todos. O sofrimento reacendeu a importância de proteger os Direitos Fundamentais. A Lei Fundamental de Bonn³⁰, promulgada em 1949, levou isso em conta ao inseri-los logo em sua abertura³¹ (BARROSO, 2015, p. 62). A

²⁹ Vai de 1919 a 1933. Ou seja, durou apenas 14 anos.

³⁰ A expressão “Lei Fundamental” deve ser compreendida, atualmente, como Constituição. No contexto histórico, a Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial estava dividida entre República Federal da Alemanha e República Democrática Alemã. Lei Fundamental seria uma ordem provisória para a República Federal da Alemanha, porém se tornou definitiva e se tornou a Constituição alemã em 1990. (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998, p. 7-8).

³¹ "Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

Constituição e os constituintes de Weimar serviram de inspiração devido ao alto teor democrático e preocupação com os Direitos Sociais. A teoria de Smend, esquecida durante o nacional-socialismo, é lembrada na Corte Constitucional da Alemanha, trazendo de volta a importância dos valores (e conseqüentemente dos Direitos Fundamentais) na interpretação constitucional (BONAVIDES, 2015, p. 659).

Em 1953, Theodor Viehweg resgatou a tópica com a publicação do livro *Tópica e Jurisprudência*.³² Originada na Grécia antiga, a tópica foi contextualizada de acordo com o Direito alemão após a Segunda Guerra Mundial.

A tópica³³ procura solucionar problemas usando catálogos não taxativos de pontos de vista (*topoi*). O sistema jurídico, as normas jurídicas, as regras e os Direitos Fundamentais, por exemplo, seriam *topoi* (BARROSO, 2017, p. 316), e portanto hierarquicamente inferiores quando comparados ao caso concreto durante a solução do problema (BONAVIDES, 2015, p. 506).

A Hermenêutica Concretizadora de Konrad Hesse é influenciada por esse momento, após o resgate da tópica. A tópica foi uma das teorias que o inspirou.³⁴

O resgate da teoria de Rudolf Smend pelo Tribunal Constitucional e da tópica por Theodor Viehweg seriam indícios do fortalecimento crescente da oposição ao positivismo. Ainda assim, Konrad Hesse não hesita em criticar seu uso irrefletido, tamanho o seu inconformismo: “[...] injustificável resulta remeter-se a um positivismo cético, para o qual, sem referência a conteúdo nenhum, Direito é qualquer regulação que tenha sido definida como tal pelas instâncias competentes.” (HESSE, 2009, p. 6)

Percebeu-se, enfim, que os métodos clássicos não davam conta sozinhos, não era possível continuar usando apenas métodos do direito privado no âmbito do direito público. A Constituição abriga indeterminações e complexidades que exigem formas de vê-la diferenciadas, que leve em conta as esferas política e social.

(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”

(ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> (Acesso em 16/5/18, às 18:50)).

³² Nome original: *Topik und Jurisprudenz*.

³³ Para uma análise mais aprofundada sobre a tópica, ver Silva. (SILVA, Kelly Susane Alfien. *Da Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000, p. 241-249).

³⁴ “Inclinaram-se também para a tópica, nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 501).

As teorias citadas no presente capítulo, por terem ido contra o positivismo, foram enquadradas no fenômeno ainda inacabado do pós-positivismo. (BONAVIDES, 2015, p. 506-508 e BARROSO, 2017, p. 278). A novidade da Nova Hermenêutica Constitucional, portanto, reside na tentativa de preencher o vazio deixado onde o positivismo funcionava, como também no fato de ainda estar em construção.

2.1 HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA CONSTITUCIONAL ALEMÃ DE KONRAD HESSE COMO HARMONIZADORA DOS MÉTODOS CLÁSSICOS, DA TÓPICA E DA TEORIA INTEGRATIVA

Uma forma interessante de compreender a Hermenêutica concretizadora é comparando-a com as doutrinas que a influenciaram, pois ela foi desenvolvida com a intenção de conciliar os métodos clássicos e a tópica (Barroso, 2017, p. 316-317). Foi inspirada, ainda, pela teoria integrativa.³⁵

Abaixo será analisado, sem pretensão de esgotar o assunto, como a teoria de Konrad Hesse incorporou essas doutrinas em seu próprio pensamento.

A teoria integrativa de Rudolf Smend foi aprofundada por Konrad Hesse em alguns pontos. A mudança constitucional é precursora do conceito de mutação constitucional conforme o ponto de vista de Konrad Hesse, pois a “força normativa do fático” vira “força normativa da constituição” em conformidade com o foco da teoria: enquanto o foco da teoria integrativa é a realidade social, a da Hermenêutica concretizadora é a Constituição.³⁶

Quanto aos métodos clássicos, que limitam demasiadamente o alcance da interpretação através dos cânones hermenêuticos, Konrad Hesse é a favor de utilizá-los junto com os novos. A solução está em não restringir-se a eles durante a interpretação:

³⁵ Lembrando que Teoria Material da Constituição é sinônimo de Nova Hermenêutica Constitucional: “A tópica (Viehweg) e a corrente científico-espiritualista de fundamentos realistas (Smend) compõem as grandes matrizes contemporâneas de onde procede a teoria material da Constituição [...]” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 508 e 613).

³⁶ “Provar em cada caso a modificação do “âmbito normativo” de uma norma constitucional requer algo mais que a invocação genérica da “força normativa do fático” ou das “necessidades vitais do Estado”. Nesse sentido, pode ser que, portanto, só estejamos diante de um ponto de partida, e não de uma teoria acabada da mutação constitucional” (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009, [Minha Biblioteca], p. 168).

“As “regras tradicionais de interpretação” [...] só oferecem uma explicação parcial sobre o modo e a forma como ele elabora suas decisões. [...] Restringir-se às “regras tradicionais de interpretação” supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional; supõe ainda, em larga medida, ignorar, também, tanto a estrutura interna quanto os condicionamentos do processo interpretativo e, assim, só de forma imperfeita, conseguir resolver o problema de uma interpretação correta com base em princípios seguros.” (HESSE, 2009, p. 108).

Já a tópica amplia excessivamente as possibilidades de interpretação. Para a Hermenêutica concretizadora, a tópica acerta quando valoriza o caso concreto, porém erra ao não estabelecer critérios rígidos de direcionamento dessas interpretações. O intérprete, portanto, pode se perder em um emaranhado infinito de métodos e interpretações ao seu dispor por não saber qual o alcance do seu objetivo final. Além disso, a falta de preocupação com a coerência interna do Direito é preocupante.³⁷ Como garantir a segurança jurídica desta forma?

A Hermenêutica concretizadora resolve o problema reafirmando que a preferência para resolver problemas constitucionais não é do caso concreto, e sim da Constituição. Apenas ela pode garantir a interpretação ordenada, com propósito:

“Este procedimento tópico vinculado, em coerência com o caráter da Constituição, ao problema concreto, mas sempre guiado e orientado pela norma, terá o máximo de possibilidades para chegar a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e controláveis” (HESSE, 2009, p. 116).

Para ainda assim garantir a flexibilidade jurídica, os princípios e os Direitos Fundamentais são deixados da forma mais generalista o possível para que a interpretação possa direcioná-los durante a decisão do caso concreto. O limite interpretativo é a Constituição. Isso visa garantir a coerência interna do sistema.

Em síntese: conforme explicado na seção secundária 1.3, o método hermenêutico-concretizador procura a solução mais adequada ao caso concreto, *desde que* passe pelo crivo da Constituição e considere a realidade social vigente.

³⁷ “A tópica representa a expressão máxima da tese segundo a qual o raciocínio jurídico deve orientar-se pela solução do problema, e não pela busca de coerência interna para o sistema.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca], p. 316).

2.2 INFLUÊNCIA DOS ALEMÃES QUANTO À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS JULGAMENTOS DO STF. RAZÕES PELO PRISMA DA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em 1822, com a proclamação da Independência da República, D. Pedro I iniciou o Constitucionalismo³⁸ do Império, que iniciou a história constitucional brasileira. O processo de constitucionalização completou-se em 1824, quando foi promulgada a primeira Constituição Brasileira.

De acordo com Bonavides (2015, p. 369-378), o Brasil teve três épocas constitucionais: Uma com influência francesa e inglesa do século XIX³⁹, outra baseada no modelo americano⁴⁰ e, por último, uma com inspiração no modelo alemão.⁴¹

A nossa Constituição de 1988, que instituiu o Estado Social e Democrático de Direito, é de influência predominantemente alemã.

Por que Alemanha? Porque a Constituição Brasileira precisava de um modelo social-democrático com tradição também romano-germânica já estabelecido.⁴² A vontade brasileira, representada pela Constituição Federal de 1988, é a mesma que a vontade alemã, representada pela Lei Fundamental⁴³ de Bonn de 1949: instituir a Democracia e mantê-la estabilizada.

E a necessidade de mantê-la como modelo continua: enquanto a Alemanha obteve sucesso em estabilizar a Democracia, não pode ser dito o mesmo do Brasil.

³⁸ Constitucionalismo, e não Constituição. O termo “Constitucionalismo” está sendo usado para designar, aqui, uma época constitucional. “Quando se fala em constitucionalização admite-se, implicitamente, a existência de ordens jurídicas ou de Estados sem Constituição”. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. xviii, p. 55). De fato, nesse período inicia-se o processo para instituir a primeira constituição brasileira, que foi promulgada em 1824.

³⁹ Constitucionalismo do Império: era absolutista e durou 67 anos (1822-1889).

⁴⁰ Constitucionalismo da Primeira República: liberal, federalista e presidencialista. Durou 39 anos (1891-1930).

⁴¹ Inaugurada em 1934 e entremeada por períodos ditatoriais. Tem viés social-democrata. Engloba as Constituições de 1934 (durou 3 anos: 1934-1937. Segunda República), de 1946 (durou 18 anos: 1946-1964. Terceira República) e de 1988 (constituição vigente. Completará 30 anos em 5 de outubro deste ano).

⁴² “O “empréstimo” de decisões estrangeiras pode ser justificado pela relação de descendência e histórica entre a legislação doméstica e a estrangeira (genealogia). [...] Um dos objetivos do Direito Comparado pode ser indicar influências históricas e oferecer modelos para futuros e eventuais “empréstimos””. (CHAIMOVICH, Mariana. A utilização da jurisprudência estrangeira pelo STF. 2006, p. 338. In: VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012).

⁴³ Relembrando: a expressão “Lei Fundamental” deve ser compreendida, atualmente, como Constituição.

Uma pesquisa⁴⁴ realizada em 2013 pela Economist Intelligence Unit revela que a Democracia alemã está em 14º lugar, enquanto a brasileira encontra-se em 44º.

De fato, devido ao longo período absolutista e posteriormente liberal, além de períodos ditatoriais⁴⁵, não é exagero dizer que o Brasil não teve tempo suficiente de cultivar a tradição social-democrata.

Se a própria Constituição tem elementos alemães, haveria empecilho em importar teorias do mesmo país?

Enquanto seria possível argumentar que falta correspondência dos contextos culturais, é importante lembrar que tais teorias podem, e devem ser adaptadas à realidade brasileira. Conforme explica Souza (2016, p. 97-100):

[...] deve haver uma filtragem doutrinária e social destas experiências estrangeiras previamente à aplicação dos precedentes nos problemas a serem resolvidos pelos tribunais, o que é papel importantíssimo das universidades e do sistema educacional. Isto evitaria, inclusive, um colonialismo cultural e jurídico. [...] As experiências bem-sucedidas de constituições e de ordenamentos de origem comum ou próxima são sempre bem-vindas e, adaptadas à realidade sociológica de cada país observador, podem se transformar em práticas sociais bastante interessantes.

É essencial, ainda, lembrar que o pioneirismo alemão torna o uso de suas doutrinas inevitável: “[...] a profunda transformação da realidade social não deixou de impressionar alguns espíritos de vanguarda, sobretudo na Alemanha, berço tradicional das teorias jurídicas” (COMPARATO, 1978, p. 460).⁴⁶ Como

⁴⁴ OLIVON, Beatriz. *Noruega é país mais democrático; Brasil é 44º*. Exame, 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/noruega-e-pais-mais-democratico-brasil-e-44o/>> (Acesso em 14/03/2018, às 20:45).

"O índice baseia-se em 60 indicadores agrupados em cinco categorias: processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, funcionamento do governo, participação política e cultura política."

Ainda de acordo com a notícia, a instabilidade democrática não é um problema apenas brasileiro. Apenas 11% das democracias são funcionais. Devido a isso, muitos contestam sua efetividade. Ao ver deste trabalho, a dificuldade em implementar a Democracia, entretanto, não deve se sobrepor ao fato dela nortear a Constituição brasileira. Ou seja, deve haver um esforço dos brasileiros para segui-la. Se o Brasil não quiser manter a Democracia futuramente, será imperioso elaborar uma nova Constituição.

⁴⁵ Conforme dito anteriormente, o período absolutista durou 65 anos e o liberal 39 anos. A fase social-democrata de influência alemã, iniciada em 1934, foi antecedida pela ditadura do Governo Provisório, que durou 4 anos (1930-1934). Foi interrompida, ainda, por duas ditaduras: a ditadura unipessoal do Estado Novo de Getúlio Vargas, que durou 8 anos (1937-1945) e a Ditadura Militar, que durou 21 anos (1964-1985).

⁴⁶ Nesta parte, Comparato fala sobre o surgimento do Direito Econômico. As transformações da realidade social que propiciaram sua criação foram as mesmas da Nova Hermenêutica Constitucional. (COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 1978).

consequência, a Espanha, que costuma servir como modelo aos países ibero-americanos por corresponder em relação ao contexto cultural, se espelha na Alemanha quanto à doutrina e jurisprudência sobre alguns temas, como por exemplo sobre federalismo (VALADÉS, 2009, p. 10-11).⁴⁷

Não há como escapar. Qualquer doutrina deve ser devidamente fundamentada por doutrinas anteriores, e as teorias alemãs vieram primeiro que as brasileiras.

O STF, guardião da Constituição Federal de 1988, não poderia ficar indiferente a estas tendências. Como analisar o impacto da Hermenêutica concretizadora de Konrad Hesse e Peter Häberle no STF e na Democracia brasileira? Utilizando seus julgados. Afinal, conforme o pensamento de Konrad Hesse, “Não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos.” (HESSE, 2009, p. 110).

No caso deste trabalho, será usada a ADI 4815 como caso principal e outros casos em que houve (ou haverá) ponderação entre dois Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e privacidade.

⁴⁷ Segundo Peter Häberle ao ser entrevistado por César Landa. (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009).

3 ADI 4815: POR QUE DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE, COM EFEITO VINCULANTE, DE UMA POSSÍVEL INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL?

Antes de analisar as teorias de Konrad Hesse e Peter Häberle, é essencial compreender a problemática da ADI 4815^{48,49}, que trata sobre as biografias não autorizadas. Primeiramente, cumpre ressaltar que biografias são apenas uma versão da vida do biografado⁵⁰, pois pressupõem a interpretação desta pelo biógrafo (BARBOSA, 2016, p. 229 e 272-274).⁵¹ O que for dito sobre os casos concretos a serem analisados posteriormente é apenas um ponto de vista específico sobre as infinitas possibilidades de interpretação de tais casos, assim como dos fatos que os rodeiam. Retomando a problemática em questão, o ponto central é a discussão sobre a necessidade de declarar inconstitucional a interpretação literal⁵² dos arts. 20 e 21 do Código Civil⁵³ quando o caso concreto tratar de autorização prévia para a publicação de biografias. Eis os dispositivos legais:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em 5/7/2012. Houve audiência pública, realizada em 21/11/2013. O julgamento ocorreu no dia 10/6/2015. Para citar os argumentos, será usada como base a numeração ao lado da frase “inteiro teor do acórdão”, presente no início de cada página do acórdão da ADI 4815.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4815/DF – Distrito Federal*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>> (Acesso em 16/5/18, às 20:49).

⁵⁰ Antecipação ao Voto da Ministra Rosa Weber (p. 177-178)

⁵¹ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* - critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016. (Vide citação à Alberto Dines na p. 229: “O que é bonito na biografia, aliás, é isto: você muda um ângulo e capta outra vida”).

⁵² Ver método literal de Savigny na seção secundária 1.3 deste trabalho.

⁵³ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> (Acesso em 16/5/18, às 21:02).

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Por não abrir exceção às obras biográficas, tais artigos podem levar à interpretação de que é necessária autorização prévia do biografado.⁵⁴

A obra “Roberto Carlos em detalhes”⁵⁵ torna prudente obter a autorização sob certas óticas. De acordo com a análise feita pelo voto de Barroso (p. 167), por exemplo, o cantor alegou que tal obra violava sua intimidade, pois mencionava a amputação de parte da sua perna e a morte de sua última esposa. Isso lhe causava dor e sofrimento. A decisão judicial retirou mais de 11 mil exemplares do livro de circulação, além do autor sofrer pena de quinhentos mil reais por dia e dois anos de detenção.⁵⁶

Já no caso Guimarães Rosa⁵⁷, aparentemente a autorização não é essencial. A filha do escritor, Vilma Guimarães Rosa, fez várias alegações contra o biógrafo Alaor Barbosa. Uma delas foi que o escritor denegriu a imagem de seu pai ao acusá-lo de ser antinacionalista por supervalorizar as línguas estrangeiras em detrimento da portuguesa, além de não gostar de se envolver com política. Porém, a desembargadora Elisabete Filizzola, após analisar os argumentos, chegou à conclusão de que a verdadeira intenção da filha era deter o monopólio quanto à história de vida de seu pai.⁵⁸ Na realidade, houve constante enaltecimento da figura do biografado⁵⁹, além de respeito à sua intimidade.⁶⁰⁶¹

Ou seja: se nem todas as biografias adentram a intimidade do biografado, é razoável exigir autorização prévia para todos? Conforme assevera o voto do Ministro Dias Toffoli (p. 213):

[...] nada impede que, para evitar um questionamento jurídico posterior, por precaução, aquele que está fazendo uma obra literária,

⁵⁴ Por esta interpretação seria possível supor, da mesma forma, a necessidade de obter autorização prévia do cônjuge, ascendentes ou descendentes se o biografado estiver morto ou ausente.

⁵⁵ Citada pelo TJRJ, Processo nº 0006890-06.2007.8.19.0001.

⁵⁶ Alegação de Newton Lima (Deputado Federal) (p. 40-41).

⁵⁷ TJRJ, processo 0180270-36.2008.8.19.0001. Relevante por ter citado a inicial da ADI 4815 (p. 13), além de ter sido analisado pelo voto de Barroso (p. 167).

⁵⁸ p. 25 do processo 0180270-36.2008.8.19.0001.

⁵⁹ p. 26-27 do processo 0180270-36.2008.8.19.0001.

⁶⁰ Outro caso envolvendo Guimarães Rosa: conforme Leo Wojdyslawski, da Associação Brasileira de Produtoras Independentes de Televisão, duas herdeiras não queriam autorizar uma passagem de obra audiovisual baseada em uma biografia em que Guimarães Rosa ajudou diversos judeus a fugir dos nazistas. O motivo seria o fato dele estar acompanhado da segunda esposa no momento (p. 39).

⁶¹ p. 37 do processo 0180270-36.2008.8.19.0001.

um obra teatral, uma obra intelectual a respeito de dada pessoa, obtenha essas autorizações como uma precaução para, no futuro, não ser questionado.

De fato, analisando os dois casos concretos anteriores, é possível notar que o problema não está na possibilidade de obter autorização prévia, e sim na obrigatoriedade.

Como resolver tal questão? O que deve ser levado em consideração para afastar a interpretação literal? Devido ao fato do direito infraconstitucional precisar ter consonância com a Constituição, a Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL (autora da ADI) pediu que fosse adotada a técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.⁶² De fato, o art. 5º, através dos incisos IV, IX e XIV⁶³, protege as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do direito difuso da cidadania à informação.⁶⁴ Por isso, seria capaz de restringir a interpretação literal.

Há, entretanto, outro fator, dentro da própria Constituição, limitando as proteções supramencionadas: a garantia de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inciso X).

Tanto a liberdade de expressão quanto a privacidade são princípios constitucionais, bases da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.⁶⁵ De acordo com o artigo *A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas*⁶⁶, esses dois princípios constitucionais são o cerne da questão.

⁶² Relatório da ADI 4815 (p. 8).

⁶³ Na ementa do acórdão está presente, ainda, o art. 220, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, que proíbe a censura prévia. Cármen Lúcia, em sua antecipação ao voto (p. 14), afirma que “a liberdade de expressão, que é ampla, vasta, combina-se com a norma do art. 220 da Constituição, no qual se afirmar ser proibida censura de qualquer natureza.”

⁶⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> (Acesso em 15/5/18, às 21:09).

⁶⁵ Cumpre avisar que neste trabalho o termo “liberdade de expressão” servirá, por motivos de concisão, para englobar as outras liberdades garantidas constitucionalmente: liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do direito difuso da cidadania à informação. A palavra “privacidade” abrangerá a garantia de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas pelo mesmo motivo.

⁶⁶ SOARES, Inês Virgínia Prado; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. *A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*, 2016, p. 232).

Ambos devem ser igualmente levados em consideração, pois não há relação de hierarquia entre eles.⁶⁷

Como proceder nesta situação? A insuficiência do método tradicional de interpretação de Savigny, o método literal⁶⁸, evidencia a exigência de utilizar métodos que considerem a esfera valorativa do Direito.⁶⁹ Já que há aparente conflito entre princípios constitucionais, o STF decidiu adotar a técnica da ponderação de princípios. O debate sobre qual princípio positivado na Constituição deve prevalecer, se não for possível que ambos funcionem em harmonia⁷⁰, vincula todos os casos concretos que tratem de biografias não autorizadas.

No final do julgamento, o tribunal acatou por unanimidade o pedido da ANEL. O STF deu prioridade à liberdade de expressão.

O que causou tal unanimidade? O que fez com que a liberdade de expressão alcançasse tamanha importância do ponto de vista do STF?

3.1 COMO A PONDERAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO AFETA A FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E, CONSEQUENTEMENTE, O FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA

⁶⁷ Voto do Ministro Marco Aurélio (p. 256): “[...] não vamos falar em hierarquia, já que os preceitos constitucionais originários estão no mesmo patamar [...]”; antecipação ao voto do Ministro Barroso (p. 142): “E aqui eu gostaria de registrar que um dos princípios que norteiam a interpretação constitucional, e consequentemente a própria ponderação, é o princípio da unidade, que estabelece a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.”; voto da Ministra Rosa Weber (p. 192): “[...] tanto um quanto o outro princípio envolvidos estão consagrados em normas de igual hierarquia [...]”.

⁶⁸ Relembrando a seção secundária 1.3: A parte da interpretação em que a linguagem e o sentido das palavras é individualmente explorado é o elemento filológico, também conhecido como gramatical ou literal. Inclui, ainda, investigações sobre a obscuridade dos termos e como clarificá-los.

⁶⁹ “Limitar o entendimento da Constituição a uma só configuração linguística (*interpretação gramatical*), ou a uma sistemática verbal, significa, pois, cercear o acesso aos conteúdos objetivos das normas constitucionais [...]” (SILVA, Kelly Susane Alflen. *Da Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000, p. 297).

⁷⁰ Concordância prática. Antecipação ao voto de Barroso (p. 142): “E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas.” Ainda, em seu voto (p. 158): “deve solucionar as tensões com base em critérios constitucionais, buscando a concordância prática entre os preceitos em jogo, de modo que se preserve, na maior extensão possível, os bens jurídicos em colisão.”; voto de Rosa Weber (p. 192): “[...] a melhor hermenêutica constitucional é a que afirma o caráter sistemático, harmônico, e não excludente dos direitos fundamentais.”

A interpretação que exige autorização prévia, conforme apontado pela Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL (autora da ADI), causa sérios problemas à construção da memória coletiva.⁷¹

De fato, o impacto social da ADI 4815 é abrangente. É possível notar, durante a leitura do acórdão, que uma biografia não diz respeito apenas à vida do biografado. A abrangência da biografia inclui as relações do biografado com o meio social em que vive (ou vivia, se já for falecido). Biografia faz parte da história de uma nação (ou seja, biografia é patrimônio nacional). Em alguns casos, a vida do biografado é tão relevante ao interesse público que pode ser considerada patrimônio mundial.⁷²

É essencial considerar, ainda, o conceito híbrido de biografia presente no voto da Ministra Rosa Weber (p. 179): “a biografia ou escrita da vida consiste em modalidade de narrativa cujo foco é a vida pessoal de um ser humano, transitando, enquanto gênero literário, entre o jornalismo e a história.”⁷³

Tal conceito contribui com a interdisciplinaridade do gênero biográfico, e por isso é fundamental reconhecer o impacto que este tem em variados campos de conhecimento. Ainda de acordo com Rosa Weber, biografias “guardam conexão com a história, a investigação policial, a investigação jornalística, a psicanálise, o documentário, a arqueologia e até mesmo a fofoca [...]”.⁷⁴

Ou seja, todos esses campos (e até a fofoca!) ficam prejudicados com a autorização prévia, pois não recebem informações essenciais para suas respectivas áreas.

A exigência de autorização prévia estaria, portanto, restringindo a liberdade de informar e ser informado. Como consequência, a formação da opinião pública estaria sendo prejudicada. De fato, antes da decisão da ADI 4815 os escritores e historiadores em geral se sentiam desmotivados com a necessidade de autorização prévia.⁷⁵ O perigo de ser processado era assustador. Como dito anteriormente, o

⁷¹ Relatório da ADI 4815 (p. 7).

⁷² Retomando o Caso Guimarães Rosa, processo 0180270-36.2008.8.19.0001-TJRJ (p. 37): “Afinal de contas, é como dissera a própria Vilma Guimarães Rosa, a propósito da deliberação fruto de uma conversa com sua irmã, a respeito da publicação de determinada obra do mestre literário (Relembrações..., p. 59): “Finalmente concluímos que as Obras de João Guimarães Rosa não pertencem somente a nós, suas herdeiras, porém a toda a humanidade””.

⁷³ Ainda, conforme Cármen Lúcia (p. 117): “Não constitui tarefa fácil identificar a natureza da obra biográfica. Sobre o primeiro item muito se tem escrito na história e na literatura. De literatura a historiografia, de obra literária a produto investigativo [...]”

⁷⁴ p. 179

⁷⁵ Vide “chilling effect”, mencionado por Barroso em seu voto (ADI 4815, p. 164-165).

biógrafo de Roberto Carlos sofreu pena de quinhentos mil reais por dia e dois anos de detenção.⁷⁶

O ideal democrático exige a circulação de informação para que os cidadãos, mediante o debate (conflito), formem a almejada opinião pública (consenso), que, virando corrente de opinião, poderá manter o consenso ou levar a outro conflito.⁷⁷ Mesmo que os pontos de vista apresentados no debate não guardem relação com a realidade ou sejam mal pensados, eles devem circular. As ideias deverão ser polidas justamente neste momento.⁷⁸ Afinal, há muitas versões sobre o mesmo fato, principalmente se tratando de biografias.⁷⁹ Por exemplo, o caso Roberto Carlos citado anteriormente deixa dúvidas em alguns pontos. No programa Fantástico, o cantor alegou que o motivo de ter sido contra a biografia não foi o relato do acidente com sua perna direita, e sim o fato de não ter sido ele mesmo a contar o ocorrido (BARBOSA, 2016, p. 72-73). Ainda que a discussão de casos concretos individuais não tenha sido objeto da ADI 4815, resta a seguinte indagação: estaria ele querendo obter monopólio de sua vida, assim como a filha de Guimarães Rosa queria fazer com a vida de seu pai? O contra-argumento do biógrafo Paulo César de Araújo evidencia a necessidade de ouvir os relatos alheios: durante o acidente, Roberto Carlos ficou preso embaixo de um trem, não conseguindo ver o que acontecia em sua volta. Como poderia ser ele o mais confiável detentor da verdade sobre sua vida naquela situação?

Por isso o debate, o pluralismo, e a divergência de opiniões são a própria base da Democracia. Não é à toa que o pluralismo é assegurado logo no art. 1º, inciso V, CF.⁸⁰ Não é exagero, portanto, dizer que a Democracia brasileira estava sendo prejudicada com a exigência de autorização prévia para publicar biografias.

⁷⁶ Relembrando: alegação de Newton Lima (Deputado Federal) (p. 40-41).

⁷⁷ O que é opinião pública? É uma expressão polissêmica, cuja “[...] conclusão mais direta é a de que na opinião pública a convergência de opiniões é fundamental. Uma opinião é tanto mais válida quanto venha respaldada por outras na mesma direção, intenção ou objetivo, formando um corpo dinâmico que exija conhecimento público. Essa convergência levará a correntes de opinião, e destas ao consenso ou ao conflito.” (SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22), p. 49 e 53-54).

⁷⁸ Voto da Ministra Rosa Weber (p. 193): “Nesse contexto, é preciso ressaltar que afirmações destemperadas, descuidadas, irrefletidas, e até mesmo profundamente equivocadas, são inevitáveis em um debate, e sua livre circulação enseja o florescimento das ideias tidas por efetivamente valiosas ou verdadeiras, na visão de cada um.”

⁷⁹ Antecipação ao Voto da Ministra Rosa Weber (p. 177-178).

⁸⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V - o pluralismo político. [...]

A necessidade de autorização prévia, deste modo, é mais danosa para a Democracia brasileira do que os eventuais excessos cometidos pelos biógrafos quando revelam informações íntimas e constrangedoras. É aceitável ter censura posterior quando necessário.⁸¹

Além disso, o STF tem um claro motivo para preservar a liberdade de expressão: fugir de qualquer leitura que possa remeter à ditadura e suas necessidades de censura. Segundo o voto de Barroso (p. 161):

Diante desses fundamentos, as múltiplas e até redundantes disposições sobre a liberdade de expressão na Constituição de 1988 refletem a preocupação do constituinte em garantir o florescimento de um espaço de livre fluxo de ideias no cenário de redemocratização do Brasil, após o fim da ditadura militar, e de criar salvaguardas para impedir o retorno dos fantasmas do passado.

Mencionando novamente o acórdão do caso Guimarães Rosa⁸², torna-se compreensível os arts. 20 e 21 do Código Civil padecerem de inconstitucionalidade quando leva-se em consideração o seguinte fato levantado naquele processo: “[...] a estrutura da lei civil em vigor foi concebida na década de 1970, conquanto só tenha sido apresentada ao ordenamento jurídico no início do século XXI”. Ou seja, apesar do Código Civil em vigência ser de 2002, começou a ser escrito antes da Constituição de 1988, em plena ditadura.

Não é à toa, ainda, que a ADPF 130⁸³ é um precedente relevante, citada numerosas vezes durante o acórdão.⁸⁴

Tal ADPF declarou inconstitucional a lei de imprensa em sua totalidade por ter sido promulgada durante a ditadura militar. Ou seja, o entendimento de que havia restrições injustas à imprensa durante este período levou à conclusão de que a liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a privacidade. A ADPF 130

⁸¹ Antecipação ao voto de Barroso (p. 148): “E, portanto, os mecanismos a posteriori são: retratação, retificação, direito de resposta, indenização, e, eventualmente - mas a meu ver por exceção -, a responsabilização penal.”

⁸² p. 13 do processo 0180270-36.2008.8.19.0001.

⁸³ Voto da Ministra Rosa Weber sobre transcrição de trecho da ADPF 130 (p. 187-188): “A transcrição evidencia que, na interpretação empreendida por esta Suprema Corte, a imposição de restrições ao exercício das liberdades de expressão, opinião, manifestação do pensamento e imprensa que não se contenham nos limites materiais, expressamente excepcionados, da própria Lei Fundamental não se harmoniza com o regime constitucional vigente no país.”

⁸⁴ Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (Roberto Dias) (p. 38); Voto de Cármen Lúcia (citando Ingo Sarlet) (p. 58-60); Voto de Cármen Lúcia (p. 89 e 91-93); Voto de Cármen Lúcia (citando precedente) (p. 94); Voto de Barroso (p. 159); Voto de Rosa Weber (p.182-186); Voto de Dias Toffoli (p. 228).

reiterou, ainda, que a censura prévia é inconstitucional. Qualquer excesso deve ser punido, assim como foi dito na ADI em análise, a ADI 4815.

Apesar de ser um julgado unânime, a ADI 4815 guarda importantes elementos nas argumentações do juízes, nas diferentes posições dos expositores na audiência pública, nos *amici curiae* e como estas influenciaram os votos. Já que há pouca teoria e jurisprudência sobre a defesa da liberdade de expressão no Brasil e suas consequências práticas⁸⁵, somado ao fato da Constituição brasileira ter influência predominantemente alemã⁸⁶ e a Lei Fundamental de Bonn ter correspondência na Constituição Federal⁸⁷ neste tema, é adequado utilizar a teoria alemã de Konrad Hesse e Peter Häberle no Brasil para ajudar no amadurecimento da Democracia brasileira.

⁸⁵ Voto do Ministro Barroso (p. 161-162)

⁸⁶ Ver p. 17 deste trabalho.

⁸⁷ Conforme assevera Gilmar Mendes em seu voto (p. 252): “[...] a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o previsto no art. 5º, incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”).”

4 IMPACTO DAS TEORIAS DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE NO AMADURECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Dizem que a Democracia vem perdendo credibilidade no Brasil. Uma pesquisa⁸⁸ publicada pela ONG Latinobarómetro aponta que, enquanto em 2010 a Democracia era vista como o melhor sistema por 80% dos brasileiros, em 2017 esse número caiu para 62%.

Realmente, o fato do processo de redemocratização ser lento não ajuda. A título de exemplo: apesar da possibilidade de haver audiências públicas ter sido introduzida com a lei 9868/99, o primeiro julgamento em que foi realizada uma somente se deu em 2007.⁸⁹

Com a crescente descrença na Democracia, resta a dúvida: Será que o Brasil, de fato, virou um país democrático? Como saber se a última ditadura ficou para trás? De acordo com a ADPF 153⁹⁰, há um marco sinalizador da transição democrática: a Lei de Anistia (lei nº 6.683/79), entendida como perdão recíproco entre agentes militares e subversores do sistema.⁹¹

[...] considerando-se que entre a edição da lei nº 6.683/79 e a promulgação da nova ordem constitucional transcorreram praticamente dez anos, é certo que a anistia, tal como concedida pelo diploma legal, ou seja, de forma inegavelmente ampla, produziu todos os seus efeitos (fato consumado), consolidando a situação

⁸⁸ CARMO, Marcia. *Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa*. BBC Brasil, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/amp/brasil-41780226>> (Acesso em 30-04-2018, às 23:10).

⁸⁹ “Felizmente, há notícias mais recentes do incremento no uso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, para a resolução de questões que resultarão em decisões com efeitos vinculantes *erga omnes*. A primeira delas foi realizada no dia 20/04/2007, na ADI 3510. Posteriormente, várias delas foram realizadas, sendo o ministro Luiz Fux um dos que mais se utiliza desse expediente. São exemplos do uso destes mecanismos de abertura as decisões tomadas nos processos ADIs 4679, 4756 e 4747 (marco regulatório da TV por assinatura), ADPF 186 (ações afirmativas), RE 641320 (regime prisional), ADI 4650 (financiamento de campanhas eleitorais), ADI 3937 (banimento do amianto), ADI 4103 (Lei Seca).” (SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22), p. 116).

⁹⁰ ADPF julgada improcedente por maioria dos votos. O pedido era que fosse declarado o não recebimento do art. 1º, § 1º da Lei de Anistia, promulgada em 1979. Com o não recebimento deste dispositivo, a anistia não valeria para os crimes conexos aos crimes políticos, que seriam “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (p. 5, relatório).

⁹¹ Segundo depoimento de Dalmo de Abreu Dallari na ADPF 153 (p. 22-23), para os militares: “[...] não seria justo beneficiar somente presos políticos e exilados, devendo-se dar garantia de impunidade àqueles que, segundo eles, movidos por objetivos patrióticos e para defender o Brasil do perigo comunista, tinham combatido a subversão, prendendo e torturando os inimigos do regime. Nasceu assim a proposta de ‘anistia recíproca’ [...]”

jurídica de todos aqueles que se viram envolvidos com o regime militar, quer em razão de oposição, quer por atos de repressão. [...] ⁹²

Ou seja, o perdão à violência cometida por ambas as partes, nessa época em que muitos acontecimentos ainda restam sem respostas ⁹³, foi visto como a capacidade da sociedade civil brasileira ⁹⁴ em promover uma “transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos”. ⁹⁵

Atualmente os militares são uma das peças-chave para a manutenção da Democracia. Afinal, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ⁹⁶ são membros natos do Conselho de Defesa Nacional, órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e com a defesa do Estado democrático. ⁹⁷

Ainda, em palestra dada recentemente na escola de Direito da Universidade de Harvard ⁹⁸, o Ministro Barroso disse que os membros das Forças Armadas têm “comportamento exemplar” e “pagaram um preço muito alto após estarem no poder”. Por isso, duvida “que eles queiram estar lá de novo”.

Mas isto não sinaliza o fim da luta, pois o Brasil tende à censura desde que nasceu. Barroso, em sua antecipação ao voto na ADI 4815 (p. 144), cita o seguinte trecho do livro “Brasil: Uma História”, de Eduardo Bueno: “Ao divulgar a carta de Pero Vaz de Caminha, certidão de nascimento do país, o padre Manoel Aires do Casal cortou vários trechos que considerou indecorosos”.

Por não ter tradição democrática ⁹⁹, o Brasil deverá constantemente se esforçar para mantê-la. A possibilidade de expressar opiniões sem censura, ou sem perder a vida como consequência, é ganho inestimável.

⁹² Relatório da ADPF 153 (p. 8).

⁹³ Ementa, p. 4: “Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.” Ainda: o julgamento da ADI 4077, pendente na época, iria resolver a controvérsia quanto ao acesso de documentos do regime anterior (voto de Eros Grau, p. 18-19).

⁹⁴ Diversos setores da sociedade brasileira promoveram a anistia mediante debate (p. 9 da ADPF 153).

⁹⁵ Conforme parecer do então Procurador Geral da República (p. 9-10 da ADPF 153).

⁹⁶ De acordo com o art. 142, caput, CF/88, as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.

⁹⁷ Art. 91 da CF/88 (caput combinado com o inciso VIII).

⁹⁸ SENRA, Ricardo. *Militares estão preocupados com um Brasil melhor, como eu*, diz Barroso em Harvard. BBC Brasil, 16 de abril de 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>> (Acesso em 23/4/18, às 15:07).

⁹⁹ Para mais informações, ver a seção secundária 2.2.

Resta, entretanto, a pergunta: como otimizar a transição democrática? Como amadurecer a Democracia brasileira e estabilizá-la?

Um dos fatores que possibilita a estabilização democrática é o uso de técnicas hermenêuticas adequadas ao mundo contemporâneo. Cármen Lúcia, por exemplo, mencionou que foram usadas teorias do constitucionalismo contemporâneo em seu voto.¹⁰⁰ Entretanto, como o mundo inteiro encontra-se na era do pós-positivismo, o número de teorias cresce constantemente. A própria Democracia, ao proteger o pluralismo, incentiva e ao mesmo tempo é objeto das novas visões (SOUZA, 2016, p. 47).¹⁰¹ Da mesma forma que é importante encontrar variadas soluções para os problemas, torna-se cada vez mais essencial indicar as fontes e os autores em que os pensamentos se baseiam. É necessário, ainda, fazer recortes, não se perder nessas infinitas possibilidades do mundo contemporâneo.

É por isso que neste trabalho a ADI 4815 será tratada através dos pontos de vista de Konrad Hesse e Peter Häberle, apesar de vários outros autores também terem influenciado as técnicas hermenêuticas em estudo. As justificativas doutrinárias, entretanto, nem sempre são as razões mencionadas pelo STF para adotar certos métodos de interpretação. Isso não significa que tais perspectivas não influenciam os ministros, ainda que tais métodos não tenham sido mencionados por eles durante o julgamento.¹⁰²

¹⁰⁰ Antecipação ao voto de Cármen Lúcia (p. 16)

¹⁰¹ De acordo com Souza, a pós-modernidade “está a complexificar os conceitos de justiça e de democracia, tão essenciais em tempos atuais, mas que ainda estão sendo construídos e reconstruídos pelos cidadãos dos diversos Estados contemporâneos.” (SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica*: medidas endojudiciais e extrajudiciais. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22), p. 47)

¹⁰² Artigo de Guilherme Martins Pellegrini. A pesquisa quantitativa do autor usou como base os métodos de Gadamer para usar a interpretação conforme à Constituição. Houve desvio da justificativa original: a pluralidade de sentidos da norma, que aponta um desses sentidos como compatível com a Constituição, e três fundamentos para aplicar este sentido compatível: presunção de constitucionalidade, a unidade da ordem jurídica, a preservação do trabalho legislativo. Justificativas usadas na prática pelo STF: Uso para evitar vácuo legislativo ou bloquear retorno a uma ordem normativa indesejada; uso para regular objeto que necessitava urgentemente de normas, do qual surgiriam graves riscos se houvesse falta de regulação; uso para preservar o trabalho do legislador quando a norma apresentar hipóteses constitucionais de aplicação; uso para dar eficácia e salvar normas; uso para minimizar a interferência em emenda constitucional. Ou seja, a única justificativa doutrinária usada pelo STF nos casos analisados foi a preservação do trabalho legislativo. (PELLEGRINI, Guilherme Martins. Os Motivos que Levam ao Uso da Interpretação Conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. 2007, p. 303-316. VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012)

Por exemplo, a concordância prática mencionada por Barroso (e por Rosa Weber de maneira indireta)¹⁰³ encontra descrição semelhante na teoria de Hesse:

Na medida em que as determinações, que protegem a ambos [os Direitos Fundamentais], em seu alcance material cruzarem uma a outra, ou colidirem uma com a outra, limitação de direitos fundamentais é, fundamentalmente, *produção de concordância prática* (grifos do autor) (HESSE, 1998, p. 255).

Ainda, em relação à liberdade de informação, que tem relação com a liberdade de expressão tratada na ADI 4815:

A questão, quando uma informação, em cada caso particular, não se deve efetuar, não pode, naturalmente, ser decidida unilateralmente à custa da liberdade de informação; é necessária, antes, a produção da concordância prática (HESSE, 1998, p. 305).

O impacto das teorias de Konrad Hesse e Peter Häberle na Democracia brasileira será medido, neste trabalho, levando tais considerações em conta. Afinal, evidencia-se na ADI 4815 a influência do método hermenêutico-concretizador: a decisão, apesar de ter efeito vinculante (e portanto não tendo como objeto um caso concreto individual), levou em consideração casos concretos com inestimável impacto social.

Através de passagens da ADI 4815, será explorado de que forma os participantes do julgamento remetem às teorias de Konrad Hesse e Peter Häberle, ainda que nem sempre tenha havido menção direta a elas ou aos autores.

4.1 KONRAD HESSE: IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DEMOCRACIA, MENÇÕES NA ADI 4815 E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Qual a relação de Konrad Hesse com a Democracia? Como dito anteriormente, há diversas formas de compreender o conceito de Democracia e o

¹⁰³ Relembrando: Concordância prática. Antecipação ao voto de Barroso (p. 142): “E o ideal é que se produza a concordância prática das normas em conflito, eventualmente com concessões recíprocas.” Ainda, em seu voto (p. 158): “deve solucionar as tensões com base em critérios constitucionais, buscando a concordância prática entre os preceitos em jogo, de modo que se preserve, na maior extensão possível, os bens jurídicos em colisão.”; voto de Rosa Weber (p. 192): “[...] a melhor hermenêutica constitucional é a que afirma o caráter sistemático, harmônico, e não excludente dos direitos fundamentais.”

que, de fato, sinaliza seu amadurecimento. Com tantos pontos de vista diferentes, o que significa ser democrático, afinal? Melhor ainda: como desenvolver o pensamento democrático sem ter referências claras de como a Democracia deve ser?

Os pontos de vista diferentes quanto a esta questão é situação atualíssima no Brasil. Vide o incontestável e duradouro debate entre direita e esquerda: enquanto alguns dizem que o impeachment da ex-presidente da república Dilma Rousseff é um claro sinal do avanço da Democracia, outros afirmam com veemência que tal fato foi um golpe, uma remanescência dos períodos ditatoriais¹⁰⁴ sofridos pelo país.

Visto tais divergências, qual caminho seguir? Konrad Hesse dá a solução de seguir o estabelecido pela Constituição, apesar desta não fornecer um modelo completo e perfeito (HESSE, 1998, p. 115 e 117).¹⁰⁵ A Democracia é mencionada ao longo da Lei Fundamental de Bonn¹⁰⁶ sem ser conceituada. Por exemplo, no art. 20, incisos (1) e (2) há apenas menção ao fato da Alemanha ser um Estado democrático:

[Princípios constitucionais – Direito de resistência]

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

A Democracia, entretanto, deve ser vista em vinculação com os Direitos Fundamentais. Tal vínculo aparece quando o artigo supramencionado é lido em conjunto com o capítulo I (Dos Direitos Fundamentais), especialmente o art. 1º, inciso (3):

¹⁰⁴ Conforme dito anteriormente, a fase do constitucionalismo brasileiro social-democrata de influência alemã, iniciada em 1934, foi antecedida pela ditadura do Governo Provisório, que durou 4 anos (1930-1934). Foi interrompida, ainda, por duas ditaduras: a ditadura unipessoal do Estado Novo de Getúlio Vargas, que durou 8 anos (1937-1945) e a Ditadura Militar, que durou 24 anos (1964-1988).

¹⁰⁵ “Quase não há um conceito jurídico-constitucional ao qual são dadas interpretações tão diferentes como àquele da democracia. [...] A Lei Fundamental não normaliza “democracia” no sentido de um modelo completo e perfeito, senão somente em certos traços fundamentais, ao ela criar regras indispensáveis para a função da ordem democrática e ao ela procurar assegurar constitucionalmente bases e estruturas fundamentais nessa ordem. Dentro desse quadro, ela deixa a questão sobre o conteúdo da democracia a cargo da discussão política livre [...]”.

¹⁰⁶ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> (Acesso em 16/5/18, às 18:50).

[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Se os Direitos Fundamentais vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário e estes são exercidos pelo povo, supõe-se que os Direitos Fundamentais vinculam o povo do Estado federal alemão, que também é democrático e social. Seriam os Direitos Fundamentais a base da Democracia?

Hesse analisa isso em sua teoria quando afirma que a coordenação entre estado de direito social, estado federal e Democracia são responsáveis pela unidade interna da ordem constitucional. Para conservar tal unidade, vê os Direitos Fundamentais como irrenunciáveis tanto na Democracia como no Estado de Direito (HESSE, 1998, p. 220). Ou seja: os Direitos Fundamentais são a base da Democracia, do Estado de direito social e do Estado Federal para Konrad Hesse.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trata a Democracia de forma semelhante. Apesar de não conceituá-la, seus fundamentos estão logo no art. 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Logo, em ambos os países a existência de pontos de vista diferentes é permitido pela Constituição, *desde que* seja respeitada a função da ordem democrática e suas estruturas fundamentais.

Seguindo esta linha de raciocínio, o caso da ADI 4815, ao discutir qual dos Direitos Fundamentais presentes no art. 5º da CF/88 (privacidade ou liberdade de expressão) deveria prevalecer, estava analisando qual deles conservaria a ordem democrática exclusivamente no caso das biografias não autorizadas. Para isso,

levou em consideração os fundamentos democráticos do art. 1º (principalmente os incisos III e V).

Porém, os pensamentos de Konrad Hesse sobre Direitos Fundamentais não param por aí: há citações diretas na ADI 4815.

O Ministro Gilmar Mendes o citou ao analisar o duplo caráter dos Direitos Fundamentais no caso Lüth¹⁰⁷ (BVerfGE 7, 198, 1958)¹⁰⁸. Os aspectos objetivos e subjetivos dos Direitos Fundamentais foram estabelecidos pelo TCF¹⁰⁹¹¹⁰ ao analisar (em conjunto com o resto da Constituição)¹¹¹ as liberdades previstas no art. 5º da Lei Fundamental de Bonn, o art. apresentado a seguir:

[Liberdade de opinião, de arte e ciência]

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

(2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

(3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Hesse seguiu os conceitos do TCF em sua teoria. De forma resumida, a dimensão objetiva é aquela que considera os Direitos Fundamentais a base do Estado democrático (HESSE, 1998, p. 239).

Já a dimensão subjetiva acrescenta mais um elemento: ressalta a relação entre particular e o Estado. Isso inclui a possibilidade do indivíduo se proteger de

¹⁰⁷ O núcleo deste caso foi abordado de forma resumida na p. 125 da ADI 4815 (voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia): “O caso BVerfGE 7, 198, foi julgado pela Corte Constitucional Federal Alemã [...] em 1958. O processo aborda o direito à liberdade de expressão do petionário em emitir opinião contrária à distribuição de filme dirigido por Veit Harlan.” Num primeiro momento, “o judiciário reconheceu que ele não teria esse direito” (p. 15). Após ponderação de princípios, o direito de emitir opinião contrária foi concedido à Lüth: “A guinada hermenêutica do caso Lüth, dada pelo Tribunal Constitucional alemão, que passou a constituir os fundamentos da interpretação dos direitos fundamentais pelos tribunais em todo o mundo podem ser explicitadas, mais de cinquenta anos depois, por muitos de seus efeitos: [...] e) adotou-se o critério de ponderação de bens e valores (Güterabwägung) como método de resolução dos casos difíceis, nos quais normas constitucionais tencionam e apresentam conflito aparente, que precisa ser solucionado”. (Voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, p. 126-127)

¹⁰⁸ (p. 245-248 da ADI 4815)

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional Federal, a Suprema Corte Alemã.

¹¹⁰ (p. 245 da ADI 4815).

¹¹¹ O art. 20 e o art. 1 da Lei Fundamental de Bonn, citados anteriormente, são artigos essenciais para interpretar em conjunto com o art. 5º da mesma Constituição.

possíveis arbítrios estatais através dos Direitos Fundamentais, além de promover a atualização do significado das liberdades contidas neles (HESSE, 1998, p. 235-236).

Ou seja, para Konrad Hesse a privacidade e a liberdade de expressão são tanto bases do Estado Democrático (e do Estado de direito social e do Estado Federal também) quanto direitos de resistência contra o Estado. São, ainda, direitos cujo significado deve ser atualizado pelos próprios particulares enquanto cidadãos.

O Ministro Luiz Fux também mencionou Hesse, mas com outro enfoque. Ao usar a teoria de Hesse para comentar o parecer do professor Gustavo Tepedino¹¹², teve a intenção de ressaltar a liberdade de informação como elemento fundamental para a construção da Democracia¹¹³. Ou seja, não existiria Democracia sem liberdade de expressão, pois a liberdade de expressão é pressuposto básico para a formação da opinião democrática. Eis o trecho citado (HESSE, 1998, p. 304-305):

“O equivalente necessário para a liberdade de manifestação da opinião é a liberdade de informação, como base de formação da opinião democrática. (...) Porque a liberdade de informação é pressuposto da publicidade democrática; somente o cidadão informado está em condições de formar um juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, no processo democrático.”

Entretanto, por mais que reconheça a liberdade de informação como base democrática fundamental, a tendência de Hesse é adotar uma postura conciliadora quando possível. Conforme o voto mencionado anteriormente do Ministro Gilmar Mendes (sobre Direitos Fundamentais objetivos e subjetivos), a liberdade de expressão não é absoluta no ordenamento brasileiro.¹¹⁴ E assim também, de fato, pensa Konrad Hesse quando interpreta o ordenamento jurídico alemão. Vide, novamente, seu critério de concordância prática voltado à liberdade de informação:

A questão, quando uma informação, em cada caso particular, não se deve efetuar, não pode, naturalmente, ser decidida unilateralmente à

¹¹² O parecer foi encaminhado para o Ministro Barroso pelas partes e por um dos amici curiae (p. 141 do Acórdão). Tepedino ressalta “que a notoriedade, por si só, é considerada um fato histórico e só com isso já revela o interesse público em favor da liberdade de informar e de ser informado, essencial não somente como garantia individual, mas como preservação da memória e da identidade cultural da sociedade.” (p. 208 do Acórdão).

¹¹³ (p. 208 do Acórdão)

¹¹⁴ “Entre nós, não se pode afirmar que o constituinte de 1988 tenha concebido a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.”(p. 247)

custa da liberdade de informação; é necessária, antes, a produção da concordância prática (HESSE, 1998, p. 305).

Ou seja, só se admitem restrições por força do bem comum: “[...] a limitação tem que ser adequada à obtenção do objetivo (público) perseguido” (HESSE, 2009, p. 65). No caso da ADI 4815, a restrição da privacidade de algumas pessoas foi justificada pela necessidade de obter informações como pressuposto democrático.

A explicação para a postura conciliadora está na base de sua teoria: o critério da força normativa da Constituição. Tanto o positivismo quanto as teorias que sobrepõem a realidade social à ordem jurídica separam norma e realidade, e o equilíbrio está em não separá-las (HESSE, 2009, p. 128).

Conforme dito na seção secundária 1.3, a força normativa da Constituição tornou-se base de todo o pensamento¹¹⁵ de Konrad Hesse. Ao balancear adequadamente a realidade social e a norma, a Constituição é concretizada, pois deve englobar tanto o ser (realidade social) quanto o dever ser (o que se pretende modificar nesta realidade). Esse é o equilíbrio, a pretensão de eficácia da Constituição, que é essencial para sua força normativa: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.” (HESSE, 2009, p. 130).

A realização da pretensão de eficácia pela vinculação à realidade histórica é vista, por exemplo, nas inúmeras remissões a julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão durante os textos de Hesse, o que demonstra a concretização da Constituição pelo caso concreto.

Já as técnicas interpretativas realizam a pretensão de eficácia quando incorporam a realidade histórica na norma sem que haja alteração do texto constitucional (mutação constitucional) ou do texto infraconstitucional (interpretação conforme à Constituição).

A força normativa e a pretensão de eficácia não entram em ação sem a vontade de Constituição, que tem três faces quanto à ordem normativa: necessidade de protegê-la, de perpetuar seu processo de legitimação (que é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos), e de lutar pela sua eficácia tendo a força humana como força motriz (HESSE, 2009, p. 133).

¹¹⁵ Informações extraídas da apresentação feita por Gilmar Ferreira Mendes para o livro “Temas Fundamentais do Direito Constitucional” (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca]).

Eis uma explicação sobre a interpretação conforme à Constituição, técnica hermenêutica peça-chave da ADI 4815:

4.1.1 Interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição surgiu no Tribunal Constitucional Federal (a Suprema Corte alemã) (HESSE, 2009, p. 118) e foi positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro no art. 28 da lei 9868/99¹¹⁶, parágrafo único:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Sua importância no Brasil pode ser vista no aumento do uso nos últimos tempos. Segundo Pellegrini (2007, p. 316): “Desde o primeiro aparecimento da interpretação conforme na jurisprudência do STF até a edição da lei 9868/99 foram 28 os acórdãos que apresentaram um voto vencedor com a técnica, ao passo que de 1999 até 2007 foram 56.”

Para avaliar se a interpretação conforme à Constituição na ADI 4815 tem consonância com o ponto de vista de Konrad Hesse, foram estabelecidos os seguintes critérios¹¹⁷: conceito, conservação do trabalho legislativo e respeito ao princípio da unidade da Constituição.

Quanto ao conceito, o adotado por Konrad Hesse baseou-se na jurisprudência constante do TCF.¹¹⁸ Segundo ele, “uma lei não deve ser declarada

¹¹⁶ BRASIL. *Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. (Acesso em 16/5/18, às 23:12).

¹¹⁷ Critérios estabelecidos após a leitura do trecho “A Interpretação Conforme à Constituição” (p. 118-122). Trecho do capítulo *A Interpretação Constitucional* (p. 101-122), do livro *Temas Fundamentais do Direito Constitucional* (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca]).

¹¹⁸ Eis o rodapé no livro: “BVerfGE 2, 266 (282); jurisprudência constante; cfr., também, BVerfGE 48, 40 (45 ss.) com mais referências. Problemático parece extender-se à interpretação de leis de reforma

nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição” (HESSE, 2009, p. 118).

Na ADI 4815, a interpretação conforme à Constituição assumiu posição central. Afinal, o pedido da ANEL envolvia usar esta técnica hermenêutica para declarar a inconstitucionalidade parcial, *sem redução de texto*, dos arts. 20 e 21 do Código Civil no caso específico da necessidade de autorização prévia para publicar biografias.¹¹⁹

Tal pedido foi acatado pela relatora Cármen Lúcia e adotado por todos os ministros, que seguiram seu voto.¹²⁰ Portanto, a lei foi interpretada em consonância com a Constituição, não sendo declarada nula (e nem tendo redução de texto).

Do conceito extrai-se, ainda, a necessidade de conservar o trabalho legislativo. Conforme Konrad Hesse:

“[...] não tem que ser determinante a vontade subjetiva do legislador; antes, trata-se de manter ao máximo aquilo que ele pretendeu. Em nenhum caso deve ser declarada nula uma lei quando a inconstitucionalidade não é evidente, mas apenas que existem reservas, por mais sérias que elas sejam.”¹²¹

No caso da ADI 4815, as reservas mencionadas encontram-se na necessidade de declarar inconstitucional *apenas* o caso específico da necessidade de autorização prévia para publicar biografias. Os outras situações que os arts. 20 e 21 do Código Civil englobam permaneceram intocadas, conservando ao máximo o trabalho do legislador, conforme asseverou o Ministro Dias Toffoli em sua antecipação ao voto (p. 213):

da Constituição: BVerfGE 30, 1 (17 ss., 34). Cfr., sobre isso, P. HÄBERLE, “Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15-12-1970”, Juristenzeitung 1971, 145 (148 ss.). (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 118)

¹¹⁹ p. 5 do Acórdão.

¹²⁰ Conforme pode ser visto na decisão: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)”.

¹²¹ Rodapés 47 e 48 do livro mencionam o pensamento do TCF. Rodapé 47: P. e. BVerfGE 8, 28 (34); 9, 194 (200); 12, 45 (61). Rodapé 48: P. e. BVerfGE 9, 167 (174); 12, 281 (296). (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 119)

Por outro lado, o fato de se estar aqui a dar uma interpretação conforme sem redução do texto - porque o texto continuará válido, eficaz para todas as incidências relativas ao patrimônio jurídico personalíssimo do ser humano, do cidadão, e continuará sendo tutelado pelo Poder Judiciário nas suas infrações, nas suas ilicitudes [...]

Entretanto, não basta que a lei seja interpretada em consonância com a Constituição e conserve o trabalho legislativo. É necessário comparar o dispositivo constitucional cuja lei deve ficar conforme com o restante da Constituição. Desta forma, preserva-se a unidade da Constituição e a unidade de todo o ordenamento jurídico é garantida (HESSE, 2009, p. 121-122).

É por isso que, na ADI 4815, não foi ignorado o direito à privacidade protegido pelo art. 5º, X, CF. Isso atesta a necessidade de adotar a técnica da ponderação de princípios pelo STF. Só após a ponderação é que se tornou possível dizer qual dos Direitos Fundamentais tinha prevalência no caso específico das biografias não autorizadas.

Ou seja, com o uso da interpretação conforme à Constituição na ADI 4815, evidencia-se a vontade de Constituição proposta pelo critério da força normativa de Konrad Hesse: ao conservar a ordem normativa, o ordenamento jurídico foi legitimado pela vontade humana.

Porém, com o tempo, os preceitos constitucionais parecem ficar obsoletos. E o pior: não há como definir um tempo pré-estabelecido para isto ocorrer, e nem precisa ter intencionalidade (HESSE, 2009, p. 152-153). Uma solução é a reforma constitucional. Entretanto, tal solução enfraquece a força normativa da Constituição: como dar crédito a um documento de impacto nacional cujo texto é constantemente alterado? A solução seria manter o texto. É possível, afinal, conservá-lo, desde que a interpretação de seus termos mude conforme a realidade fática. E isso é a mutação constitucional de acordo com Konrad Hesse (assim como para a teoria de sua época e para o TCF) (HESSE, 2009, p. 151 e 153).

4.1.2 Privacidade, conceito indeterminado. Mutações constitucionais?

A mutação constitucional já tinha sido mencionada por outros teóricos, porém com outro enfoque. ¹²² Hesse a abordou considerando, a título de exemplo, as contribuições da teoria integrativa de Smend¹²³, os pensamentos de Heller, a definição pelo TCF e as conclusões que chegou quando ponderou sobre a força normativa da Constituição.

Mas por que teorizar sobre a mutação constitucional? Porque a reforma constitucional, quando é frequente e a prazos curtos (HESSE, 2009, p. 150) ¹²⁴, é uma verdadeira violência à força normativa da Constituição¹²⁵, devendo ser evitada quando possível (HESSE, 2009, p. 170). ¹²⁶

Outro motivo para falar sobre a mutação constitucional está, ao contrário do que ocorre com a interpretação conforme à Constituição, no fato desta técnica hermenêutica ainda não ter muita projeção no Direito Brasileiro. ¹²⁷ De fato, é assustador cogitar que o verdadeiro sentido de uma palavra pode não estar no dicionário. Entretanto, o fato de não ser mencionada não significa que não afete julgamentos. Seria este o caso na ADI 4815 em relação ao conceito de privacidade?

Considerando o conceito de mutação constitucional, é possível chegar à conclusão de que as mudanças fáticas causadas pela era digital e pela globalização influenciam a interpretação da Constituição Federal de 1988. Uma mudança mundial como a revolução digital não poderia deixar de influenciar a realidade brasileira, ainda mais considerando o crescente acesso à internet no país. Uma pesquisa¹²⁸ do

¹²² Os positivistas Laband, Jellinek e Kelsen a abordaram de maneira demasiadamente ampla segundo Konrad Hesse. (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 149-158).

¹²³ E as contribuições de Hsü-Dau-lin ao interpretar tal teoria (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 165-168).

¹²⁴ Ver, ainda, Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 469).

¹²⁵ Relembrando: A força normativa e a pretensão de eficácia não entram em ação sem a vontade de Constituição, que tem três faces quanto à ordem normativa: necessidade de protegê-la, de perpetuar seu processo de legitimação (que é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos), e de lutar pela sua eficácia (tendo a força humana como força motriz).

¹²⁶ Entretanto, as dificuldades em estabelecer limites à mutação constitucional “podem impor a reforma constitucional, contribuindo, assim, para uma solução que sirva à clareza da Constituição e intensifique sua força normativa”.

¹²⁷ Pesquisa por Rodrigo Sarmiento Barata. Segundo o autor, os estudos da mutação constitucional são escassos no Brasil. Poucos autores se dedicaram exclusivamente ao tema. Há, entretanto, dois autores de grande destaque: Anna Cândida da Cunha Ferraz e Uadi Lâmega Bulos. (BARATA, Rodrigo Sarmiento. *A Mutação Constitucional e o STF: sua Utilização e Algumas Perspectivas*. 2009, p. 391-392. In: VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012).

¹²⁸ SANTOS, Bárbara Ferreira. *Apesar de expansão, acesso à internet no Brasil ainda é baixo*. Exame, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>> (Acesso em 23/04/2018, às 15:07).

IBGE aponta que “Entre 2005 e 2015, [o] percentual de domicílios com conexão saiu de 13,6% para 57,8%”. Apesar de ser um número baixo em relação a outros países¹²⁹, tal crescimento é inegavelmente considerável.

A internet é, ainda, espaço essencial para o florescimento da Democracia. Vide, no Brasil, o processo de produção da lei n. 12.965/2014, também conhecida como “Marco Civil da Internet”:

Em 23 de abril de 2014, enfim, foi aprovado o Marco Civil da Internet Brasileira [...]. Iniciado em 2009 por meio de uma consulta pública de duas fases, em 2011 ingressou no Congresso Nacional por meio do PL n. 2.126/2011, de iniciativa do Poder Executivo. Trata-se da primeira lei criada de forma colaborativa entre sociedade e governo, com utilização da internet como plataforma de debate (JESUS, 2014, p. 15).¹³⁰

Estas mudanças, em menor ou maior grau, não poderiam deixar de afetar o conceito de privacidade, cuja abertura é inerente ao seu status de Direito Fundamental.

Na ADI 4815, uma parte do argumento da ministra Rosa Weber (p. 190) cita o clássico artigo americano *The Right to Privacy*. Este artigo diz que o conceito de privacidade precisa ser alargado (ou repensado) visto “as mudanças políticas, sociais e econômicas demandarem incessantemente o reconhecimento de novos direitos, impondo, de tempos em tempos, a redefinição da exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo.”¹³¹

Apesar de este artigo ser de 1890, fica evidente sua atualidade: tais pensamentos podem ser adaptados à realidade social vigente, considerando as mudanças em andamento causadas pela era digital.

Acrescentando ainda mais conteúdo a este assunto, a Ministra Cármen Lúcia lembra do recente fenômeno da evasão de privacidade por meio digital:

Há muitas nuances e muitas novidades, até porque – saliento em meu voto - falamos de invasão de privacidade, mas vivemos um

¹²⁹ “Segundo a pesquisa internacional *ICT Facts and Figures 2016*, realizada pela ITU, a agência da Organização das Nações Unidas (ONU) para tecnologias da informação, a penetração da internet nos domicílios de países desenvolvidos é de cerca de 83,8%. O índice chega a 64,4% nas Américas e a 84% na Europa.”

¹³⁰ JESUS, Damásio de. *Marco Civil da Internet : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, 1ª Edição*,. Saraiva, 06/2014. [Minha Biblioteca].

¹³¹ Rodapé 8 da ADI 4815 (p. 190): “WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Luis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890.”

dado inédito que não há em pouquíssimos Tribunais do mundo, a evasão de privacidade, alguns que se mostram, porque querem, gravam suas ações, suas moradias e põem na internet. Aí não é biografia, é outro assunto¹³².

Interessante, da mesma forma, é a alegação do ministro Ricardo Lewandowski: na época do julgamento da ADI 4815, havia 5 perfis falsos usando seu nome e suas fotos no *Facebook*!¹³³ Como lidar com essas novidades?

Considerando o alargamento do conceito de privacidade como manifestação de mutação constitucional, os debates sobre os limites deste conceito devem remeter, também, aos limites destas mutações. Afinal, segundo Konrad Hesse, tais limites se situam no próprio texto constitucional (2009, p. 15), pois “o texto vinculante da norma deve resultar do documento constitucional mesmo” (2009, p. 169). Tal interpretação sobre a mutação constitucional estaria conforme o seguinte trecho do art. 79, inciso (1), da Lei Fundamental de Bonn: “A Lei Fundamental só pode ser alterada por uma lei que expressamente complete ou modifique o seu texto”. Em mais detalhes¹³⁴:

“A fixação desse marco é uma questão de interpretação, valendo também para ela o que se aplica a toda interpretação constitucional: onde termina a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma; assim, encerram-se as possibilidades de uma mutação constitucional” (HESSE, 2009, p. 168).

Entretanto, quais são os verdadeiros limites do texto constitucional na ponderação entre privacidade e liberdade de expressão na ADI 4815? Seriam as divergências quanto ao conceito de privacidade um obstáculo para efetivar este Direito Fundamental?¹³⁵ Ou ainda: o direito à honra pode ser violado em nome da liberdade de expressão?¹³⁶ Qual o momento exato em que a intimidade e a vida

¹³² p. 264 da ADI 4815.

¹³³ p. 265-266 da ADI 4815.

¹³⁴ O rodapé 68 de Hesse cita Friedrich Müller como contribuição doutrinária: “68 A esse respeito, *ibid.* (6a ed., 1973), p. 30; MÜLLER, “Thesen” (cit. n. 63), p. 500-506.” (HESSE, Konrad. *Série IDP - Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca]).

¹³⁵ Resta inexplicado, apesar de Rosa Weber ter mencionado tentativas pela doutrina americana de estabelecer este conceito (citando Richard Posner). Rodapé 8 da ADI 4815 (p. 190): “POSNER, Richard A. *The Right to Privacy*. *Georgia Law Review*. Vol. 12. N. 3, 1978.”

¹³⁶ No artigo *A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas*, escrito por Inês Virgínia Prado Soares e Mário Ferreira de Pragmácio Telles, indaga-se quanto ao limite para violar o direito à privacidade. Citando Pereira (2015, online): “Mas, apesar de todos acompanharem a relatora, houve

privada das pessoas passa a ser desrespeitada? Seriam a privacidade e a liberdade de expressão dois lados da mesma moeda, sendo que uma não pode existir sem a outra (conforme Rosa Weber em seu voto)?¹³⁷ E aí está a importância da mutação constitucional na Democracia: devem haver mais debates para que haja melhor definição sobre a privacidade. Desta forma, os conflitos podem ser eventualmente sanados¹³⁸. O debate conserva enquanto legitima constantemente o ordenamento jurídico mediante a incorporação das mais variadas opiniões sobre privacidade e liberdade de expressão, desta forma efetivando a vontade de Constituição. Afinal, conforme dito anteriormente por Hesse, a dimensão subjetiva dos Direitos Fundamentais envolve a possibilidade do indivíduo promover atualização do significado das liberdades contidas neles (1998, p. 235-236).

Conclui-se que o pensamento de Konrad Hesse é importante para o amadurecimento da Democracia brasileira por admitir a contestação dos cânones conceituais (e hermenêuticos) e, ao mesmo tempo, estabelecer a Constituição e sua unidade como ponto de referência para a definição (ou redefinição) desses conceitos. E as biografias não autorizadas fornecem informação para esses debates conceituais. A questão da interpretação constitucional, portanto, passa a ser muito mais do que mera subsunção dos fatos à lei.

Após considerar as ideias de globalização e internet alterando a interpretação do conceito de privacidade, nada mais apropriado do que falar de Peter Häberle, autor da “mais ampla teoria de interpretação constitucional até então concebida” (SOUZA, 2016, p. 42-43): a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.¹³⁹

discordâncias quanto à liberdade de expressão poder violar o direito à honra (um problema de quais os parâmetros para resolver o conflito) [...]” (SOARES, Inês Virgínia Prado; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*, 2016, p. 243).

¹³⁷ Voto de Rosa Weber, p. 191: “Se aos cidadãos não for assegurada uma esfera de intimidade privada, livre de ingerência externa, um espaço onde o pensamento independente e novo possa ser gestado com segurança, de que servirá a liberdade de expressão?”

¹³⁸ De acordo com Konrad Hesse, “Em si mesmo, o conflito não permite o viver e o conviver humanos.” (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 79).

¹³⁹ A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, escrita em 1975, teve forte influência de Popper, principalmente do trabalho “A Sociedade Aberta e seus Inimigos” (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 136).

4.2 PETER HÄBERLE: A TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, é importante notar que a concepção de uma sociedade aberta foi, de certa forma, preconizada por Konrad Hesse: este teórico defendia um processo político *livre e aberto* como pressuposto da Democracia.¹⁴⁰ Tal processo político, para seu sucessor teórico¹⁴¹ Peter Häberle (1997, p. 55), “[...] é um processo de comunicação de todos para com todos [...]”.

O objetivo das técnicas hermenêuticas analisadas anteriormente com base em Konrad Hesse, portanto, era justamente inserir a realidade histórica (ou seja, o que acontece aqui e agora) no ordenamento jurídico através da livre discussão e decisão das questões políticas (2009, p. 90). Desta forma, ficaria evidente a vontade humana legitimando a vontade de Constituição, lutando pela eficácia da ordem normativa e, conseqüentemente, pela força normativa da Constituição. Entretanto, como adequar esse anseio de abertura do sistema constitucional à realidade?

Para Häberle, a solução foi contribuir com as diferentes formas de ampliação e aperfeiçoamento da participação popular no processo constitucional. Uma das formas encontra-se em etapa anterior à decisão dos órgãos estatais: as audiências públicas (1997, p. 47-48).¹⁴²

Na sistematização feita por Häberle, três figuras que influenciam as audiências públicas chamam atenção: os co-intérpretes, os intérpretes em sentido *lato* e os intérpretes oficiais.

O co-intérprete pode ser qualquer indivíduo que viva o contexto da Constituição, pois “quem vive a norma acaba por interpretá-la, ou pelo menos co-interpretá-la [...]. Toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada” (HÄBERLE, 1997, p. 13-14).

¹⁴⁰ “[...] um processo político livre e aberto como o que pressupõe a democracia” (HESSE, Konrad. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca], p. 71).

¹⁴¹ Häberle foi orientando de Hesse durante seu doutorado de 1962 sobre o duplo caráter de todos os direitos fundamentais. Entretanto, a admiração pelo pensamento de Hesse já havia iniciado no dia em que assistiu ao seu novo seminário, em 1956, quando se entusiasmou com a maneira sistemática de conduzir o seminário. (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 17).

¹⁴² Para mais informações, ver a teoria de Häberle em conjunto com os seguintes conceitos: *public hearings*, *law in public action*, *trial and error*.

Deste modo, os intérpretes em sentido *lato* atuam pelo menos como pré-intérpretes nesse processo, fazendo pré-interpretações sobre o problema discutido sem necessariamente utilizar métodos de interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 14).¹⁴³ Eles são, exemplificando, “os cidadãos e grupos, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 14).

Por fim, os intérpretes oficiais são aqueles vinculados aos órgãos estatais ou os participantes diretos do processo, como por exemplo os juízes.

E esta é a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que promove a efetivação do pluralismo ao gerar dissenso e consenso através de debates. (HÄBERLE, 1997, p. 36).¹⁴⁴ Merece destaque o fato do rol de legitimados à participação ser apenas exemplificativo (HÄBERLE, 1997, p. 13)¹⁴⁵: afinal, todos que vivem no contexto regulado pelas normas constitucionais são, direta ou indiretamente, seus intérpretes (HÄBERLE, 1997, p. 15).

Porém, como efetivar tamanha abertura sem correr o risco de retornar à era pré-Savigny, época em que não havia uniformização de métodos?¹⁴⁶ A solução seria os intérpretes oficiais darem a última palavra (HÄBERLE, 1997, p. 24), usando as técnicas hermenêuticas oficialmente sistematizadas pelo Direito de forma controlável e intencional. Desta forma, o pluralismo seria efetivado de forma racionalizada, promovendo a estabilização social.

Diferentemente de Konrad Hesse, o nome de Peter Häberle não foi mencionado nenhuma vez na ADI 4815, apesar de ter sido feita menção à ideia de sociedade aberta. O Ministro Gilmar Mendes¹⁴⁷ optou por citar Stuart Mill.¹⁴⁸

Entretanto, é clara a influência de Häberle nos votos, assim como no próprio funcionamento da audiência pública. Por exemplo: por mais que os especialistas e

¹⁴³ “[...] a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente.”

¹⁴⁴ “Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, Sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade [...]”.

¹⁴⁵ “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

¹⁴⁶ Naquela época, ou os métodos eram extremamente personificados, únicos a cada operador do Direito, ou os métodos eram aplicados inconscientemente (Ver seção secundária 1.3).

¹⁴⁷ Curiosamente, o Ministro Gilmar Mendes é amplo divulgador dos trabalhos de Häberle. Traduziu inteiramente a tese que contém a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e elaborou introduções de seus livros publicados em português. Além disso, o Instituto Brasileiro de Direito Público, que Gilmar Mendes é sócio, fundou o Centro de Pesquisa Peter Häberle.

¹⁴⁸ (p. 243-244 da ADI 4815) “Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada é mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião”.

os *amici curiae* tenham sido ouvidos, a última palavra no julgamento da ADI 4815 foi do STF. Ou seja, a decisão de acatar o pedido da ANEL quanto ao uso da interpretação conforme à Constituição foi, no final, da Corte Suprema.

4.2.1 Efetivação do pluralismo através da audiência pública sobre biografias não autorizadas (sob a ótica de Peter Häberle)

Passa-se para uma análise mais detalhada da ADI 4815, com foco específico em alguns expositores da audiência pública realizada em 21/11/2013 (a contribuição dos *amici curiae* não será analisada neste trabalho). Tal análise será feita levando em consideração o resumo feito pela Ministra Cármen Lúcia no acórdão da ADI 4815 (p. 37-46), além da filmagem da audiência disponível no Youtube.¹⁴⁹

Primeiramente, é importante mencionar que as audiências públicas foram legitimadas pelo ordenamento jurídico através da lei 9868/99 (§1º do art. 9º):

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

E o motivo da realização da audiência pública da ADI 4815 foi, segundo a Relatora Ministra Cármen Lúcia, “ouvir a sociedade sobre o objeto do que posto em exame neste processo” (p. 37 da ADI 4815).

Ouvir a sociedade significa, na teoria de Häberle, considerar as ideias dos pré-intérpretes. Estes são, conforme dito anteriormente, “os cidadãos e grupos, os órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 14).

Como fazer estas ideias, que com certeza envolvem um grande número de pessoas, chegarem ao judiciário? Uma das formas é mediar a comunicação entre os

¹⁴⁹ YOUTUBE. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Biografias não autorizadas*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj>> (Acesso em 5/5/18, às 21:52).

pré-intérpretes e os intérpretes oficiais. Para este papel, há um tipo de co-intérprete¹⁵⁰: os *experts* (especialistas), que são tanto intérpretes em sentido estrito quanto em sentido amplo. Ou seja, é uma forma específica de mediar Estado e sociedade (HÄBERLE, 1997, p. 15-17). Na Alemanha, por exemplo, o caso Lebach usou contribuições de especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação.¹⁵¹

Quanto ao Brasil, as páginas 10 e 11 do acórdão da ADI 4815 evidenciam a participação dos *experts*: Cármen Lúcia afirma que a audiência pública foi feita para mostrar pareceres e manifestações de especialistas sobre a matéria.

Percebe-se o pluralismo promovido por Häberle quando o representante da OAB, Marcus Vinicius Furtado Coelho, elogiou a audiência por ter ouvido várias opiniões, inclusive as divergentes.

De fato, as opiniões contrárias enriqueceram o debate com diferentes interpretações constitucionais.

Ralph Anzolin Lichote (representando a Associação Eduardo Banks), após contestar a legitimidade ativa na ANEL, interpretou que a autorização prévia, assim como a privacidade, é essencial à sociedade democrática. A autorização seria um filtro para que os fatos não sejam contados de forma equivocada. Entende, ainda, que a vida não pode ser avaliada com base no passado, mas pelas obras, pela continuidade. Para ele, houve hierarquização dos artigos da Constituição Federal de 1988: a privacidade foi eleita como *inviolável*. E isto se refletiu nos arts. 20 e 21/CC.

O STF discordou dessa interpretação ao utilizar a técnica da ponderação de princípios, sugerida pela Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (Roberto Dias) e pelos Representantes da Comissão de Direito Autoral da Ordem dos Advogados – Seccional de São Paulo (Silmara Chinelato).

Já Marcos Rogério (Deputado Federal) apresentou entendimento de que, na verdade, os arts. 20 e 21/CC não proíbem as biografias não autorizadas. As ressalvas objetivas colocadas pela lei, portanto, não são censura, e sim proteção à dignidade da pessoa humana. De acordo com ele, não houve primazia absoluta de nenhum dos direitos (privacidade e liberdade de expressão), e sim harmonização.

O STF também discordou dessa interpretação ao decidir que as ressalvas do art. 20/CC estavam sendo usadas como censura prévia particular no caso de

¹⁵⁰ Relembrando: co-intérprete pode ser qualquer indivíduo que viva o contexto da Constituição.

¹⁵¹ p. 250-251 da ADI 4815.

biografias. Este também foi o entendimento expresso na petição inicial da ANEL ¹⁵² e pela maioria dos intérpretes durante a audiência. ¹⁵³

Enfim, a última opinião contrária veio do advogado João Ribeiro de Moraes. Apesar de não ter sido expositor, pediu a palavra para se pronunciar contra um ponto específico da exposição de Alaor Barbosa dos Santos (um dos especialistas a favor da liberdade de expressão). Asseverou, enfaticamente, que os biografados não foram ouvidos. Cármen Lúcia havia anteriormente se pronunciado a respeito. Segundo a Ministra, os requerimentos de biografados (e de muitos biógrafos) para participar da audiência não foram aceitos devido a eles quererem tratar de interesses específicos, o que não era o objeto da ação. Quem tinha ações judiciais pendentes ou resolvidas na época da audiência quanto à autorização de biografias foi impedido de participar como expositor. Muitos biógrafos e biografados já estavam discutindo seus casos em outras instâncias judiciais na época em que houve a audiência.

Entretanto, um biógrafo foi ouvido: José Murilo de Carvalho¹⁵⁴, biógrafo de D. Pedro II (pressupõe-se que não estava envolvido em nenhum processo relacionado à autorização prévia de biografias). Na teoria de Häberle, ele seria um co-intérprete destinatário da norma em sentido específico. Ao preencher o âmbito de proteção da liberdade de expressão, interpretou esse direito fundamental em sentido específico à sua condição de biógrafo (HÄBERLE, 1997, p. 15-16), porém não mencionou litígios individuais no debate. Ou seja, manteve sua exposição vinculada ao objeto da ação.

Quanto à lei em tese, interpretou, como biógrafo, que a necessidade de autorização prévia dos arts. 20 e 21/CC impossibilita biografias confiáveis, pois censura qualquer opinião. A consequência é a constante autocensura durante a produção das biografias.

¹⁵² BINENBOJM, Gustavo. Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advocacia, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> (Acesso em 8/5/18, às 16:15).

¹⁵³ Por exemplo: Roberto Dias (representante da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas), Alaor Barbosa dos Santos (representante da União Brasileira de Escritores), José Murilo de Carvalho (professor da UFRJ), Patrícia Blanco (representante do Instituto Palavra Aberta), Newton Lima (Deputado Federal), Cláudio Lins de Vasconcelos (Sindicato Interestadual da Indústria Áudio Visual), Sônia da Cruz Machado de Moraes (Sindicato Nacional dos Editores de Livros), Ivar Alberto Martins Harmann (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro), Ronaldo Lemos (Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional), Sérgio Redó (Associação Paulista de Imprensa).

¹⁵⁴ Professor da UFRJ.

Além de ser destinatário da norma em sentido específico, o biógrafo José Murilo de Carvalho também é formado em História. Sua interpretação incluiu contribuições da sua área de formação, acrescentando valiosos pontos de vista quanto à situação das biografias não autorizadas.

Como historiador, ressalta que a biografia faz parte do campo mais amplo da historiografia. Ou seja, a História não pode ser escrita sem a biografia. O estruturalismo, que afirmava que os fatos eram mais importantes do que o indivíduo na narrativa histórica, já está obsoleto de acordo com este intérprete.

Ainda, a liberdade de acesso às fontes, a liberdade de interpretação e a liberdade de acesso à escrita são requisitos tanto da História quanto da biografia.

E o uso da História introduz a questão da multidisciplinaridade: afinal, as outras ciências (e suas metateorias) também são co-intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 15-16).

Além de José Murilo de Carvalho, Renato de Andrade Lessa (do Ministério da Cultura) não tem formação jurídica: é do campo da filosofia política e das ciências humanas. Com ajuda dessas áreas, levanta três argumentos: o formal, o histórico e o antropológico-hermenêutico.

O argumento formal levanta a questão do conceito de biografia: “Uma biografia, para definir em termos minimalistas, é um gênero de escritura devotado à tarefa de contar uma vida”. Considera, ainda, o argumento de que as biografias não têm influência somente sobre um gênero específico e isolado, pois afetam “toda uma tradição de inquirição a respeito do que somos em termos civilizacionais”.

O argumento histórico evidencia a mutação ocorrida no início da modernidade: o foco deixa de ser a coletividade e passa a ser a experiência individual. Desta forma a narrativa individual (o que inclui as biografias) é colocada em evidência.

O argumento antropológico-hermenêutico foca nos recursos da argumentação. Afinal, “humanos são animais que interpretam”, e biografias são fruto da interpretação do biógrafo. Enfim, “o que amedronta nas biografias são os efeitos da interpretação”.

Sérgio Redó (representante da Associação Paulista de Imprensa) também é co-intérprete multidisciplinar, pois é graduado tanto em jornalismo quanto em Direito. Nesta condição, critica o fato de, após a decisão da ADPF 130, o direito de resposta ter ficado na mãos dos magistrados.

Menciona, também, o prejuízo à memória coletiva: “quando uma biografia não é autorizada, estamos matando a história.”

Evidencia-se que a ponderação do STF entre privacidade e liberdade de expressão foi fortemente influenciada pelos participantes da audiência pública. Afinal, a Ministra Cármen Lúcia fez em seu voto um índice tratando de tudo o que foi apresentado.¹⁵⁵ Além disso, a maioria dos expositores (15 entre 17) entendeu que a liberdade de expressão deveria prevalecer, o que foi reproduzido pela unanimidade do STF.

Reconhece-se, ao final desta análise, que houve esforço para incorporar as pré-interpretações, principalmente aquelas dos órgãos e entidades admitidos no debate.¹⁵⁶ Enquanto haja dificuldade em dizer quantos intérpretes, de fato, contribuíram com seus pontos de vista, pode-se dizer que a mediação dos especialistas promoveu a Democracia dos cidadãos. Cumpre analisar a ideia de Democracia dos cidadãos, base da teoria da sociedade aberta:

A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca (HÄBERLE, 1997, p. 38).

Para Häberle, é pressuposto da cidadania reconhecer a igualdade de direitos e deveres entre os cidadãos (conforme o art. 33, (1), da Lei Fundamental).¹⁵⁷ Tal igualdade de direitos e deveres deve ser promovida mediante os Direitos Fundamentais.

Há, portanto, uma contraposição ao conceito de povo de Rousseau¹⁵⁸, que seria apenas um critério quantitativo, para um novo critério: povo seria um elemento pluralista que aparece como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse ou, ainda, como cidadão. Entretanto, mesmo o cidadão sendo um tipo de povo, “*a democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular*” (HÄBERLE, 1997, p. 38).

¹⁵⁵ (p. 13 da ADI 4815): “Fiz um índice do voto, por nele ter tratado de tudo o que foi apresentado na audiência pública, também os parâmetros normativos constitucionais e as regras da interpretação demandada; a questão da liberdade de expressão, de pensamento, de informação; direito à intimidade, à privacidade; o que são as biografias, a sua história; a transcendência do direito à intimidade. Interpretei os artigos para chegar à conclusão.”

¹⁵⁶ (ver p. 21 do Acórdão da ADI 4815).

¹⁵⁷ “Artigo 33 [Igualdade de direitos cívicos dos alemães – Serviço público]: (1) Todos os alemães têm, em qualquer Estado, os mesmos direitos e deveres cívicos.”

¹⁵⁸ “Democracia é o “domínio do cidadão” [...], não do Povo, no sentido de Rousseau.”

Para Häberle, deste modo, a igualdade de direitos e deveres entre os cidadãos com base na Democracia e nos Direitos Fundamentais, representada pela figura dos próprios cidadãos, é o ponto de referência para a Constituição democrática (HÄBERLE, 1997, p. 37-39).

Considerando que os brasileiros ainda têm medo do judiciário e ainda são mal informados sobre o STF¹⁵⁹, pressupõe-se que ainda há muita necessidade de conscientizar sobre igualdade de direitos e deveres e Direitos Fundamentais. Ou seja, o Brasil parece ter muito povo e pouco cidadão.

Portanto, os especialistas são extremamente importantes devido ao seu papel na Democracia de transição brasileira. Ao expressarem conhecimento específico nos debates democráticos, tornam-se aptos, ao mesmo tempo, a produzir e a contestar a opinião pública. Desta forma, têm o potencial de transformar o povo em cidadão. E como isto ocorre?

4.2.2 Biografias e interpretação constitucional: por que promover a cultura? A Constituição como depósito cultural

Ao mediar a comunicação entre os pré-intérpretes e os intérpretes oficiais, os especialistas proporcionam oportunidade para os pré-intérpretes compreenderem, pelo menos superficialmente, o mundo jurídico através dos debates televisionados.

O televisionamento tem respaldo jurídico no Regimento Interno do STF. Eis o inciso V do parágrafo único do art. 154: “V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça [...]”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Vide pesquisa da FGV presente na monografia de Victor Roberto Corrêa de Souza: 85% dos entrevistados, em 2011, não conheciam nenhuma notícia que envolvesse o Poder Judiciário. Outros dados do relatório do primeiro trimestre de 2011 também revelam que: 83% dos entrevistados já ouviram falar do STF. Deste número, 60% sabem um pouco sobre o que o STF faz, enquanto apenas 4% declararam saber muito sobre isso. Os 37% restantes não sabem nada de suas atividades, apesar de já terem ouvido falar dele. Souza chega à conclusão de que “o cidadão [brasileiro] tem medo do juiz [...]” (SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22), p. 58-59)).

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> (Acesso em 8-5-18, às 16:15).

E isto é exemplo de promoção cultural, assim como o incentivo à produção de biografias (sendo elas autorizadas ou não).

O artigo *A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas*¹⁶¹ observa que a ADI 4815 se esquivou de analisar o Direito Cultural, mas compensou esta falta tratando as biografias como produção científico-cultural inseparável da liberdade de expressão e de informação. Além disso, o argumento de que a necessidade de autorização prévia estaria desestimulando os biógrafos¹⁶² guarda, na verdade, uma preocupação com o déficit cultural a médio e a longo prazo, com a necessidade de promover a cultura.

Isto se encaixa nas teorias de Häberle. De acordo com ele, a teoria da sociedade aberta precisa de alimentação cultural.¹⁶³

Entretanto, não apenas as biografias são cultura. A própria Constituição também é cultura¹⁶⁴ quando vista, ao mesmo tempo, como guia e como depósito cultural.¹⁶⁵ Afinal a Constituição, antes de ser jurídica, também é “expressão da herança cultural de um povo, fundamento de suas esperanças e espelho de sua identidade”.¹⁶⁶

E o depósito cultural pode (e deve) conter biografias. Portanto, quando a biografia é vista como cultura, também vira intermediária da interpretação constitucional. Isto ocorre por fornecer melhor compreensão tanto da realidade social vigente quanto do passado, o que ajuda a compreender o que deverá ser feito no futuro.

¹⁶¹ Artigo escrito por Inês Virgínia Prado Soares e Mário Ferreira de Pragmácio Telles. (PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*, 2016, p. 223-254).

¹⁶² Vide a seção secundária 3.1.

¹⁶³ Entrevista com Francisco Balaguer Callejón (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 42).

¹⁶⁴ Entrevista com Paolo Ridola (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 87).

¹⁶⁵ Amaral citando Häberle: “Então, a Constituição deixa de ser apenas um instrumento jurídico e se converte em depósito de um estado de desenvolvimento, reflexo do patrimônio cultural da sociedade a qual pertence e fundamento de suas esperanças. Por sua forma e seu conteúdo, a Constituição viva, obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, é fundamentalmente expressão e transmissão da cultura, marco de produção e recepção cultural, recepção e memória de informações culturais, de tradições, experiências e sabedorias.” (Tradução livre por Rafael Caiado Amaral do original em espanhol: VALADÉS, Diego. Peter Häberle, un jurista para el siglo XXI. In. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*) (AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 151).

¹⁶⁶ Entrevista com Héctor Fix-Fierro e Diego Valadés (VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 162 e 170-171).

Por exemplo, uma biografia das personalidades históricas do império brasileiro, como D. Pedro I e D. Pedro II¹⁶⁷, pode ajudar a compreender a Constituição daquela época (e o processo de constitucionalização visto na seção secundária 2.2 deste trabalho). Estas personalidades, como governantes, tiveram intensa interação com os mandamentos constitucionais. Desta forma, o Brasil pode perceber qualidades e defeitos daquela Constituição. Ao compará-la com a época constitucional vigente, podem ser encontradas novas formas de aprimorar ou interpretar a Constituição atual.

Portanto, assim como a Constituição tem que entrar na cultura brasileira através de, por exemplo, o televisionamento das audiências públicas, a cultura brasileira tem que entrar na Constituição através das biografias. Pela produção e recepção de conteúdos culturais (HÄBERLE, 2017, p. 41)¹⁶⁸, o funcionamento da sociedade aberta deve ser otimizado *sem censura*. Afinal, para Häberle, a crítica deve ser tolerada pela sociedade aberta (2017, p. 68-70) e a criação em geral deve ser minimamente limitada (2017, p. 61), opiniões também reiteradas no Acórdão da ADI 4815 ao afastar a necessidade de autorização prévia.

Entretanto, qual a consequência desses pensamentos para o futuro? É levar toda a sociedade brasileira a explorar técnicas hermenêuticas que podem, e devem, influenciar a ponderação entre liberdade de expressão e privacidade em casos futuros. Ou seja: orientações hermenêuticas que consigam “contrariar a ideologia da subsunção” (HÄBERLE, 1997, p. 30).

¹⁶⁷ Relembrando que o historiador José Murilo de Carvalho, participante da audiência como expositor especialista, fez biografia de D. Pedro II.

¹⁶⁸ HÄBERLE, Peter. Um diálogo entre poesia e direito constitucional / Peter Häberle e Hector López Bofill ; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. - São Paulo : Saraiva, 2017. (Série IDP : Linha Direito Comparado).

5 OLHANDO PARA O FUTURO: ADI 4815 E DIREITO AO ESQUECIMENTO (RE 1.010.606). É POSSÍVEL ESTABELECEER UMA LINHA DE RACIOCÍNIO PRÓPRIA DO STF QUANTO À PONDERAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PRIVACIDADE?

Esta pergunta levanta outras perguntas, e não uma resposta de fato. O objetivo é causar breve e necessária reflexão sobre o futuro da ponderação entre privacidade e liberdade de expressão.

O que significa “linha de raciocínio”, afinal? Tentar prever qual o mais provável resultado da decisão? Ou apenas analisar como as decisões são tomadas? Seria, ainda, analisar as inclinações do STF quanto a certos assuntos? Barroso menciona a prioridade para a liberdade de expressão devido à ditadura militar (e outros períodos ditatoriais brasileiros), mas até que ponto vai essa liberdade de expressão? Quando ela deve ser restringida?

Eis uma breve descrição do caso em questão (RE 1.010.606) por matéria da Conjur: “o chamado direito ao esquecimento é tema de um recurso movido por irmãos de Aida Curi, assassinada em 1958 no Rio de Janeiro e retratada em programa da Rede Globo.”¹⁶⁹ Entretanto, apesar do presente RE a ser julgado pelo STF tratar de um crime, irá focar apenas na sua repercussão civil.

A alternativa do caso Lebach II (julgado em 1999) seria interessante como exemplo de concordância prática¹⁷⁰. Neste caso, os nomes dos participantes de documentário sobre em crime foram trocados para preservar a privacidade, e, ainda assim, noticiar o caso ao público¹⁷¹, preservando também a liberdade de expressão.¹⁷²

Entretanto, é importante lembrar que já houve audiência pública sobre o Direito ao Esquecimento na esfera civil em 12/6/17, quando 15 especialistas no

¹⁶⁹ DIREITO AO ESQUECIMENTO SERÁ TEMA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/direito-esquecimento-tema-audiencia-publica-supremo>> (Acesso em 09-05-18, às 15:44).

¹⁷⁰ A concordância prática do ponto de vista de Konrad Hesse.

¹⁷¹ Ver rodapé 601 do livro de Barbosa. (BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão* - critérios para a publicação de histórias de vida. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016, p. 219).

¹⁷² Para mais informações sobre o caso Lebach (o primeiro caso, não o caso II), ver ADI 4815.

assunto expuseram seus conhecimentos à sociedade.¹⁷³ Alguns argumentos apresentados serão levados em consideração.

Conforme visto durante este trabalho, há uma tendência do STF em priorizar a liberdade de expressão e de informação. Portanto, junto com a ADPF 130, a ADI 4815 é um precedente relevante contra o Direito ao Esquecimento no RE 1.010.606, pois ambas tendem à conservação da memória.

Este entendimento prevalece na audiência do direito ao esquecimento, porém as divergências são mais acentuadas. Enquanto 15 dos 17 expositores ficaram a favor da liberdade de expressão na ADI 4815, na RE 1.010.606 o cenário é outro: dos 15 expositores, 6 se posicionaram a favor da liberdade de expressão (e portanto da conservação da memória)¹⁷⁴ e 4 a favor da privacidade¹⁷⁵. O restante explorou outras nuances. Por exemplo, dois especialistas entendem que a necessidade de aplicar o Direito ao Esquecimento deve ser analisada caso a caso.¹⁷⁶

Porém, quanto à questão da liberdade de expressão, será que o direito ao esquecimento vai realmente contra a memória? Ou melhor: será que o direito ao esquecimento é censura?

Conforme a representante da Abraji, Tais Borja Gasparian, o direito ao esquecimento é, de fato, censura. Ela cita, para embasar seu ponto de vista, os dois casos analisados anteriormente neste trabalho: a ADPF 130 e a ADI 4815.¹⁷⁷

¹⁷³ A audiência foi filmada e dividida em duas partes. Está disponível no Youtube. (Acesso em 9-5-18, às 16:32).

(YOUTUBE. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Direito ao esquecimento (1/2)*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo&t=13s>>).

(YOUTUBE. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Direito ao esquecimento (2/2)*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnmpP88WXo>>).

¹⁷⁴ Google, Yahoo, Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), Associação Nacional de Jornais (ANJ) e Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner), Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert), Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji).

¹⁷⁵ Advogado Roberto Algranti Filho, OAB-SP, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), José Carlos Costa Netto (desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e especialista em direito da personalidade).

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representante do CTS/FGV defende análise caso a caso de conflitos de princípios constitucionais no direito ao esquecimento*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346433&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:45).

Da mesma forma: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Direito ao esquecimento deve ser analisado caso a caso, defende professora da Universidade de Ribeirão Preto*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346385&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:49)>.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Abraji diz que direito ao esquecimento é censura*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346377&caixaBusca=N>> (Acesso em 9-5-18, às 20:58).

Mas é essencial não perder de vista o caso concreto. No Direito ao Esquecimento outras variáveis entram em jogo. O interesse público e a relevância histórica, por exemplo, assumem importância primordial na hora de aplicá-lo. Ambos os fatores variam profundamente conforme o caso concreto em análise. Se os critérios de julgamento são tão variáveis, será que é adequado ter decisão vinculante (conforme levantaram os dois especialistas na audiência do Direito ao Esquecimento que defenderam a análise caso a caso)?

Quanto à envolvidos em crimes, por exemplo, há maior chance em considerar o Direito à Privacidade como prevalente. Conforme o professor Gustavo Mascarenhas Lacerda Pedrina, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) “cumprida a pena, os fatos que cercam um ato criminoso precisam ser superados pela sociedade.” Isso ajudará na reinserção social do réu (sendo ele culpado ou inocente).¹⁷⁸ No caso Lebach II citado anteriormente, a concordância prática foi possível por ter passado 30 anos do caso Lebach I, não tendo mais risco à ressocialização dos condenados penalmente.

Outro argumento a favor do Direito ao Esquecimento seria semelhante ao da AGU, relatado nas páginas 11 e 12 da ADI 4815: de acordo com este argumento, a dignidade da pessoa humana está acima de tudo. Se, no caso da ADI 4815, ambos os Direitos Fundamentais (privacidade e liberdade de expressão) foram discutidos para saber qual dos dois (na impossibilidade de conciliá-los) conservariam a ordem democrática, a AGU entendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana, direito fundamental central no ordenamento jurídico, poderia servir como restrição à liberdade de expressão. O desenvolvimento da Democracia, portanto, justificaria a restrição a dados em algumas situações. A OAB-SP¹⁷⁹ e o IBCCrim, por exemplo, se manifestaram nesse sentido.

Além disso, há diferenças entre o ponto de vista dos Estados Unidos, que prefere proteger o Direito à Informação¹⁸⁰, e a União Europeia, que prefere proteger

¹⁷⁸ Vide, novamente, caso Lebach.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *OAB-SP reconhece direito ao esquecimento como valor constitucional a ser tutelado pelo STF*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346416&caixaBusca=N>> (Acesso em 9-5-18, às 20:43).

¹⁸⁰ “Última palestrante da audiência pública sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, a advogada, professora e pesquisadora Mariana Cunha e Melo de Almeida Rego, com base na experiência norte-americana quanto ao tema, salientou que as informações públicas não podem ser restringíveis “nem do ponto de vista jurídico-constitucional, nem do ponto de vista fático””.

a privacidade.¹⁸¹ Em 2016 uma lei foi aprovada para que usuários da internet possam retirar do ar certas informações.¹⁸² Entretanto, o Direito ao Esquecimento entrará em discussão novamente, a pedido do Conselho de Estado da França.¹⁸³

Resta a dúvida: quem influenciará o STF desta vez? Os americanos? Os europeus? Ambos? Nenhum? O Brasil terá uma posição peculiar?

É importante considerar, ainda, que

especialistas no tema entendem que cobrar direito ao esquecimento pode provocar efeito inverso: o espanhol Mario Costeja González, por exemplo, demorou cinco anos para conseguir retirar do Google a informação de que um apartamento de sua propriedade iria a leilão, para pagar dívidas. Depois de conseguir decisão favorável no Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2014, ficou conhecido.¹⁸⁴

Este efeito inverso também foi levantado pelo diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), o professor Carlos Affonso Pereira de Souza, durante a audiência pública: “Lembramos mais daquilo que forçosamente temos que esquecer”.¹⁸⁵

O professor supramencionado lembra, ainda, de um verdadeiro problema do Direito ao Esquecimento: a sua real efetividade (ou concretização). Segundo ele, “a internet não tem limites”. De fato, por exemplo, por mais que a informação constrangedora seja retirada dos meios de busca ou dos sites, ainda é possível tirar *prints*. Deve ser levada em consideração, da mesma forma, a sua relação com a ADI

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisadora afirma que informações públicas nos EUA não são restringíveis*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346458&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:38).

¹⁸¹ Curiosamente, de acordo com Häberle em entrevista com Paolo Ridola, um dos fundamentos da União Europeia é a liberdade: “o art. 6º, § 1º, da Constituição da União Europeia define como norma básica da União o “princípio da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como o Estado de direito.”” (VALADÉS, Diego (org.). *Série IDP - Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009, p. 80).

¹⁸² PINHEIRO, Aline. *Direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na União Europeia*. Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-esquecimento-internet-vira-lei-uniao-europeia>> (Acesso em 26-04-18, às 00:44).

¹⁸³ CORTE DE JUSTIÇA EUROPEIA JULGARÁ LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/europa-decidira-limites-aplicacao-direito-esquecimento>> (Acesso em 26-04-18, às 00:56).

¹⁸⁴ DIREITO AO ESQUECIMENTO SERÁ TEMA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/direito-esquecimento-tema-audiencia-publica-supremo>> (Acesso em 09-05-18, às 15:44).

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Para professor, “direito ao esquecimento” confunde e atrapalha a proteção a outros direitos*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346403&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 17:00).

4815. E se a biografia não autorizada envolver fato protegido pelo Direito ao Esquecimento? Enquanto a autorização talvez servisse como um filtro, sem a autorização o controle é dificultado. É possível retirar a biografia de circulação após sua publicação, mas, entre o período em que a biografia circulou pelo público e a restrição, o fato será lembrado.

Apesar de já existir pesquisa no sentido de apagar lembranças¹⁸⁶ (vide pílula do esquecimento), ainda está longe o controle de memória das pessoas. Não existe na vida real o que ocorre no filme *O Brilho Eterno de uma Mente sem Lembranças* citado pela notícia, em que um doutor especializado apaga tudo o que for desagradável da memória de quem o pediu.

Enfim: a realização de audiência pública (e outros debates)¹⁸⁷ atesta que as teorias de Hesse e Häberle continuam vivas, pois ainda há esforço para integrar a realidade social no ordenamento jurídico.

Que as respostas venham após os debates, pois decisões impostas não são consenso: são censura.

¹⁸⁶ VIEIRA, Vanessa; GARATTONI, Bruno. *A pílula do esquecimento*. Superinteressante, 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/a-pilula-do-esquecimento/>> (Acesso em 26-04-18, às 00:59).

¹⁸⁷ No dia 21 de agosto de 2017 (portanto dois meses depois da audiência pública, ocorrida em 12-6-17), a Ministra Cármen Lúcia abriu fórum para falar novamente sobre o tema do conflito entre Direito ao Esquecimento e memória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Palestra da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 15:51)).

CONCLUSÃO

Durante este trabalho, foi notada a importância do debate no campo da Hermenêutica desde o capítulo 1: o próprio conceito de Hermenêutica é objeto de divergência no meio acadêmico.

Explorou-se a parte histórica especialmente no capítulo 2, onde se evidenciou a necessidade de surgir a Nova Hermenêutica Constitucional devido à insuficiência dos métodos de Savigny.

A análise histórica foi ampla e abrangeu as seguintes questões: métodos clássicos de Savigny (capítulo 1, seção secundária 1.2); Hermenêutica Constitucional clássica (capítulo 1, seção secundária 1.3); 1ª e 2ª Guerra Mundial influenciando a interpretação constitucional alemã (capítulo 2); breve retrospectiva da história constitucional brasileira; possibilidade de usar a Constituição e teorias alemãs como guia para o amadurecimento da Democracia brasileira (capítulo 2, seção secundária 2.2).

Ao ser feita uma breve retrospectiva da história constitucional brasileira, percebe-se que a nossa Constituição atual tem forte influência da Constituição alemã. Evidenciou-se, ainda, que ainda há necessidade de cultivar a tradição democrática no Brasil devido à história constitucional.

No capítulo 3, foram explorados os efeitos da decisão da ADI 4815 no futuro da opinião pública e, conseqüentemente, no funcionamento da Democracia.

No capítulo 4, as teorias de Hesse e Häberle foram sistematizadas para medir suas influências na ADI 4815. Como consequência, foi visto como estes autores compreendem a Democracia e como esses pensamentos podem ser aproveitados no Brasil para amadurecer a Democracia de transição. Foram analisadas técnicas hermenêuticas e a audiência pública da ADI 4815, realizada em 21/11/2013.

Por fim, no capítulo 5 foram feitas breves considerações sobre o direito ao esquecimento.

Durante o trabalho, o seguinte *problema de pesquisa* foi tratado: *É possível afirmar, usando como base o julgamento da ADI 4815, que as teorias de Hesse e Häberle ajudaram, ajudam e ainda poderão ajudar no amadurecimento da Democracia brasileira?*

Esta pergunta foi respondida de modo afirmativo, principalmente durante os capítulos 2, 3 e 4.

No capítulo 2 foi comparada a atual Constituição alemã com a do Brasil para analisar como a Nova Hermenêutica Constitucional alemã contribuiu, contribui e ainda poderá contribuir para o amadurecimento da Democracia brasileira. Evidenciou-se que a Constituição brasileira tem forte influência da Constituição alemã, portanto sendo possível utilizar teorias alemãs no Brasil (desde que sejam feitas as adaptações necessárias à realidade social brasileira).

No capítulo 3, concluiu-se que a preferência pela liberdade de expressão impacta positivamente na formação da opinião pública e, conseqüentemente, na construção da Democracia brasileira.

O capítulo 4 sistematizou as teorias de Hesse e Häberle de forma que foi possível explorar o impacto destas na ponderação entre privacidade e liberdade de expressão, com ênfase na ADI 4815 (Acórdão e audiência pública). Tanto Hesse quanto Häberle vêem os Direitos Fundamentais como base da Democracia e, portanto, suas teorias e métodos hermenêuticos se esforçam para incluí-los na interpretação constitucional. A questão do futuro da Democracia é vista especialmente em Peter Häberle, quando se fala em promoção cultural na seção terciária 4.2.2.

Já o capítulo 5 tratou da seguinte questão subsidiária: *Há uma linha de raciocínio própria do STF quanto à ponderação entre liberdade de expressão e privacidade, usando como referência a ADI 4815 e o RE 1010606?*

Quanto à esta questão, não foi possível estabelecer uma linha de raciocínio própria do STF quanto à ponderação entre liberdade de expressão e privacidade analisando a ADI 4815 e o RE 1010606. Tal pergunta mostrou-se ambígua ao longo do trabalho. Houve levantamento de outras perguntas, e não uma resposta de fato.

O que significa “linha de raciocínio”, afinal? Tentar prever qual o mais provável resultado da decisão? Ou apenas analisar como as decisões são tomadas? Seria, ainda, analisar as inclinações do STF quanto a certos assuntos?

Ou seja, o objetivo mudou durante o trabalho. Tornou-se causar breve e necessária reflexão sobre o futuro da ponderação entre privacidade e liberdade de expressão.

Conclui-se que a maioria dos objetivos da pesquisa foram atingidos. Que os debates quanto à privacidade e liberdade de expressão continuem, mas sempre se atendo aos ideais democráticos, à realidade social vigente e à Constituição.

REFERÊNCIAS

1) LIVROS

AMARAL, Rafael Caiado. *Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: alcance doutrinário*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

BARATA, Rodrigo Sarmiento. A Mutação Constitucional e o STF: sua Utilização e Algumas Perspectivas. 2009. In: VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Biografias e liberdade de expressão - critérios para a publicação de histórias de vida*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.

BARROS, José D' Assunção. *A Construção da Teoria nas Ciências Humanas*, 1ª edição. Petrópolis-RJ: Vozes, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

CHAIMOVICH, Mariana. A utilização da jurisprudência estrangeira pelo STF. 2006. In: VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

_____. *Textos clássicos na vida das Constituições*. São Paulo: Saraiva, 2016

_____. *Um diálogo entre poesia e direito constitucional / Peter Häberle e Hector Lòpez Bofill*; tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. - São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP: Linha Direito Comparado).

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

_____. Série IDP - *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, 1ª edição. Saraiva, 04/2009. [Minha Biblioteca].

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZOTTI, Marcelo. *As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei*. Manole, 01/2010. [Minha Biblioteca].

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. xviii.

PELLEGRINI, Guilherme Martins. Os Motivos que Levam ao Uso da Interpretação Conforme a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal. 2007. VOJVODIC, Adriana M. et. al. (Org.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012

SOARES, Inês Virgínia Prado; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. A Decisão do STF no Caso das Biografias não Autorizadas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coord.). *Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*, 2016.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, 1779-1861. *Metodologia jurídica / Friedrich Karl von Savigny*; tradução do alemão para o espanhol J. J. Santa-Pinter, tradução para o português Hebe A-M. Caletti Marengo; adequação lingüística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. - Campinas, SP : Edicamp, 2001.

SILVA, Kelly Susane Alflen. *Da Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2000.

SOARES, Ricardo Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*, 3ª edição. Editora Saraiva, 2017 [Minha Biblioteca].

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. *A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endojudiciais e extrajudiciais*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, 2016. (Série monografias do CEJ; v. 22).

VALADÉS, Diego (org.). Série IDP - *Conversas Acadêmicas com Peter Häberle* - 1ª Editora Saraiva, 2009.

2) ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> (Acesso em 16/5/18, às 18:50).

BINENBOJM, Gustavo. Binenbojm, Gama & Carvalho Britto Advocacia, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> (Acesso em 8/5/18, às 16:15).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Abraji diz que direito ao esquecimento é censura*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346377&caixaBusca=N>> (Acesso em 9-5-18, às 20:58).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4815/DF – Distrito Federal*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>> (Acesso em 16/5/18, às 20:49).

_____. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> (Acesso em 16/5/18, às 21:02).

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> (Acesso em 15/5/18, às 21:09).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Direito ao esquecimento deve ser analisado caso a caso, defende professora da Universidade de Ribeirão Preto*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346385&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:49).

_____. *Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. (Acesso em 16/5/18, às 23:12).

_____. Supremo Tribunal Federal. *OAB-SP reconhece direito ao esquecimento como valor constitucional a ser tutelado pelo STF*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346416&caixaBusca=N>> (Acesso em 9-5-18, às 20:43).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Palestra da presidente do STF abre fórum sobre direito ao esquecimento e proteção à memória*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353151&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 15:51).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Para professor, “direito ao esquecimento” confunde e atrapalha a proteção a outros direitos*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346403&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 17:00).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&url=&txtPesquisaLivre=Falta%20de%20fundamenta%C3%A7%C3%A3o>> (Acesso em 26/3/18, às 17:04).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisadora afirma que informações públicas nos EUA não são restringíveis*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346458&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:38).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> (Acesso em 8-5-18, às 16:15).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Representante do CTS/FGV defende análise caso a caso de conflitos de princípios constitucionais no direito ao esquecimento*, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=346433&caixaBusca=N>> (Acesso em 09-05-18, às 16:45).

CARMO, Marcia. *Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa*. BBC Brasil, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/amp/brasil-41780226>> (Acesso em 30-04-2018, às 23:10).

COINMILL.COM - O CONVERSOR DA MOEDA CORRENTE. Disponível em: <https://pt.coinmill.com/BRL_DEM.html#BRL=16392502486.13> (Acesso em 14/3/18, às 17:48).

CORTE DE JUSTIÇA EUROPEIA JULGARÁ LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-17/europa-decidira-limites-aplicacao-direito-esquecimento>> (Acesso em 26-04-18, às 00:56).

DIREITO AO ESQUECIMENTO SERÁ TEMA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA NO SUPREMO. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-12/direito-esquecimento-tema-audiencia-publica-supremo>> (Acesso em 09-05-18, às 15:44).

OLIVON, Beatriz. *Noruega é país mais democrático; Brasil é 44º*. Exame, 2013. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/noruega-e-pais-mais-democratico-brasil-e-44o/>> (Acesso em 14/3/18, às 20:45).

PINHEIRO, Aline. *Direito ao esquecimento para usuários da internet vira lei na União Europeia*. Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-esquecimento-internet-vira-lei-uniao-europeia>> (Acesso em 26-04-18, às 00:44).

SANTOS, Bárbara Ferreira. *Apesar de expansão, acesso à internet no Brasil ainda é baixo*. Exame, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>> (Acesso em 23/04/2018, às 15:07).

SENRA, Ricardo. *'Militares estão preocupados com um Brasil melhor, como eu', diz Barroso em Harvard*. BBC Brasil, 16 de abril de 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/apesar-de-expansao-acesso-a-internet-no-brasil-ainda-e-baixo/>> (Acesso em 23/4/18, às 15:07).

SILVA, Guilherme Campos da. *Conflitos de identidades na República de Weimar*. Disponível em: <http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276622915_ARQUIVO_TextoAnpuh.pdf>. (Acesso em 14/03/2018, às 17:43).

VIEIRA, Vanessa; GARATTONI, Bruno. *A pílula do esquecimento*. Superinteressante, 2018. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/a-pilula-do-esquecimento/>> (Acesso em 26-04-18, às 00:59).

YOUTUBE. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Biografias não autorizadas*, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLippyY19Z47snMTqOO3vtRdit5BeN6QVj>> (Acesso em 5/5/18, às 21:52).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Direito ao esquecimento (1/2)*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=msWtXN1NrNo&t=13s>> (Acesso em 9-5-18, às 16:32).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública - Direito ao esquecimento (2/2)*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QMnpmP88WXo>> (Acesso em 9-5-18, às 16:32).



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Karinne Toscano Brasil

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41254627, Período matutino, Turma A,

tendo realizado o TCC com o título: DEMOCRACIA BRASILEIRA E HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA: ADI 4815 SOB A ÓTICA DAS TEORIAS ALEMÃES DE KONRAD HESSE E PETER HÄBERLE

sob a orientação do(a) professor(a): Antônio Ernani Pedroso Calhão

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 22 de maio de 2018.

Assinatura do discente